

UNIVERSIDAD DE CUENCA



**Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Políticas y Sociales
Maestría en Derecho Penal**

“La imputación objetiva en el delito de homicidio culposo por mala praxis, ¿Una necesidad o un arma de persecución y criminalización contra la actuación médica”

**Trabajo de titulación previo a la obtención del
título de Magíster en Derecho Penal**

Autor: Ab. Cesar Andrés Martínez Médicis
C.I.: 0104146071

Directora: Dra. Merci Alexandra Merchán González
C.I.: 0103102026

Cuenca – Ecuador

27/Junio/2019

RESUMEN

El delito de Homicidio culposo por mala práctica profesional (medica) tipificado en agosto del año 2014 como delito en el Código Orgánico Integral Penal, supuso un cambio diametral en su contenido y en los requisitos que debe de cumplir la conducta empleada por el sujeto activo del delito para configurar este ilícito, tal como está planteada la norma en el art. 146 del cuerpo de leyes antes referido. Dos temas principales se resumen en el planteamiento del problema de la presente investigación. El primero, consiste en acoger los casos de mayor relevancia mediática a nivel nacional, en cuanto al delito contra la vida por mala práctica profesional médica tipificado en el anterior Código Penal como Homicidio Inintencional y que se constituyó a la postre como catapulta para que posteriormente el legislador lo haya descrito de modo distinto tal como lo describe el artículo mencionado. Esto con el propósito de comprobar si los jueces de garantías penales utilizaron en sus fallos la Teoría de la Imputación Objetiva a la hora de fundamentar y resolver sus sentencias. Como segundo punto de análisis del presente trabajo es despolemizar si la tipificación de este nuevo delito en el Código Orgánico Integral Penal, pretende como lo sostiene el gremio de los profesionales de la salud a una clara criminalización de su actividad profesional o por el contrario de lo que se trata es de garantizar los derechos de las víctimas en los casos de Homicidio culposo por mala práctica médica, interrogantes que se las ira despejando en el desarrollo y en el transcurso del presente trabajo de investigación.

Palabras clave: Mala práctica. Culpa. Imprudencia. Homicidio culposo. Imputación objetiva. Criminalización. Actividad médica. Consentimiento. Caso fortuito. Atribuibilidad penal. Juicio de reproche.

ABSTRACT

Criminally negligent homicide due to profesional medical malpractice, defined in the Ecuadorian Comprehensive Organic Criminal Code of August 2014 as a crime, meant a diametrical shift in its content and requeriments wich must be met whit the conduct used by the active subject of crime to configure this criminal offense as laid down in the article 146 of the aforementioned body of laws two main issues are summarized in the problema of the present investigation, the first, is to welcome the cases of greater mediatic relevance at the national level, in regard of crime against life by medical malpractice standarized in the previous criminal code as unintentional homicide and which was constituted in the end as an ímpetus so that later the Legislator has described it in a different fashion as described in the cited article, this with the porpose of checking if the judges responsable for procedural safeguards used in their court rulings the theory of objective imputation when it comes to substantiating and resolving judgements. As a second point of analysis of this work is to deconstruct if the typification of this new criminal offense in the integral Criminal Organic Code pretends as held by the health care proffesionals guild a clear criminalization of their profesional activity or on the contrary, it is about guaranteeing the rights of victims in cases of negligent homicide due to medical malpractice, questions marks which will be cleared in the unfolding course of this research work.

Keywords: Malpractice. Fault (guilt). Recklessness. Criminally negligent homicide. Objective imputation. Criminalization. Medical activity. Fortuitous event. Criminal attribution. Judgment of culpability.



ÍNDICE DE CONTENIDOS

RESUMEN.....	2
ABSTRACT	3
ÍNDICE DE CONTENIDOS	4
DEDICATORIA	8
AGRADECIMIENTOS	9
INTRODUCCIÓN.....	10
CAPÍTULO I	16
IMPUTACIÓN OBJETIVA.....	16
1.1 IMPUTACIÓN DEL RESULTADO POR LA CAUSALIDAD.....	16
1.2 ASPECTOS CONFIGURADORES DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA.	29
1.2.1 La Creación de un Riesgo Jurídico - Penalmente Relevante.....	29
1.2.2 El Resultado Producido Debe Ser la Realización del Riesgo Creado O Incrementado Por el Autor Con Su Conducta (Relación de Riesgo).....	32
1.2.3 El Resultado Producido Debe Estar Comprendido En el Ámbito de Protección de la Norma.....	34
1.3. ÁMBITO O ESFERA DE PROTECCIÓN DE LA NORMA.	38
1.3 AUTO PUESTA EN PELIGRO.....	44
1.5 PRINCIPIO DE CONFIANZA.....	48
CAPÍTULO II.....	52
EL CASO FORTUITO COMO CAUSA DE EXCEPCIÓN PENAL.....	52
2.1 IMPRUDENCIA, CONCEPTO DE CASO FORTUITO Y SU RESULTADO.	52
2.2 LA REGULACIÓN DEL CASO FORTUITO EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL.....	61
CAPÍTULO III	71
LA ATRIBUIBILIDAD PENAL.....	71
3.1 CONCEPTO DE COMPORTAMIENTO TÍPICO.	71
3.2 DETERMINACIÓN DEL RIESGO TÍPICO.....	73
3.3 LEGITIMIDAD DEL RIESGO TÍPICO.....	77
3.4 EMPLEO DE CRITERIOS SUBJETIVOS EN LA CONCRECIÓN DEL RIESGO TÍPICO.....	79
CAPÍTULO IV	87
EL JUICIO DE REPROCHE Y EL CONSENTIMIENTO EN EL DELITO DE HOMICIDIO CULPOSO POR MALA PRAXIS MÉDICA	87



4.1 EL CONSENTIMIENTO EN EL HOMICIDIO CULPOSO POR MALA PRÁCTICA MÉDICA.	87
4.2 EL CONSENTIMIENTO COMO CAUSA DE EXIMENTE Y ATENUACIÓN PENAL.	93
4.3 CASOS.	99
4.3.1 CASO FERNANDO ORBE VÁSQUEZ.	99
4.4 CASO CHARLOTTE MAZOYER.	126
CONCLUSIONES	133
BIBLIOGRAFIA	138



Cláusula de Licencia y Autorización para Publicación en el Repositorio Institucional

Cesar Andrés Martínez Médicis en calidad de autor y titular de los derechos morales y patrimoniales del trabajo de titulación “ La imputación objetiva en el delito de homicidio culposo por mala praxis, ¿Una necesidad o un arma de persecución y criminalización contra la actuación médica”, de conformidad con el Art. 114 del CÓDIGO ORGÁNICO DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE LOS CONOCIMIENTOS, CREATIVIDAD E INNOVACIÓN reconozco a favor de la Universidad de Cuenca una licencia gratuita, intransferible y no exclusiva para el uso no comercial de la obra, con fines estrictamente académicos.

Asimismo, autorizo a la Universidad de Cuenca para que realice la publicación de este trabajo de titulación en el Repositorio Institucional, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Cuenca, Junio de 2019

Cesar Andrés Martínez Médicis

C.I: 0104146071



Cláusula de Propiedad Intelectual

Cesar Andrés Martínez Médicis, autor del trabajo de titulación “La imputación objetiva en el delito de homicidio culposo por mala praxis, ¿Una necesidad o un arma de persecución y criminalización contra la actuación médica”, certifico que todas las ideas, opiniones y contenidos expuestos en la presente investigación son de exclusiva responsabilidad de su autor/a.

Cuenca, Junio de 2019

Cesar Andrés Martínez Médicis

C.I: 0104146071



DEDICATORIA

*A mis padres, María del Pilar y Cesar
Oswaldo por su confianza y apoyo durante
todo este tiempo de estudios.*

*A mi abuelita, Aida Mélida quien a pesar de
su enfermedad todavía está con nosotros
para seguir disfrutando de su compañía.*



AGRADECIMIENTOS

A la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Cuenca, a su director Dr. Simón Valdivieso Vintimilla, por haberme permitido postular para la maestría en Derecho Penal y resultar elegido para cursarla.

A todo el selecto y prestigioso grupo de docentes de la maestría, en especial al Dr. Fausto Ramiro Vásquez Cevallos, quien con su cátedra me motivó a la selección del tema de la Imputación Objetiva para la elaboración del presente trabajo de Investigación.

A mi directora de tesis Dra. Alexandra Merchán González, por su guía y acompañamiento en la dirección de esta tesis al fin concluida.

INTRODUCCIÓN

El tema general de este trabajo de investigación se circunscribe en el Derecho Penal General, teniendo como tema específico el que está previsto en el art. 146 del Código Orgánico Integral Penal, el cual hace referencia al Homicidio culposo por mala práctica profesional, norma que se la va estudiar desde el enfoque de la Teoría de la Imputación Objetiva. Las constantes negligencias médicas por parte de algunos galenos en el ejercicio de su profesión, han producido efectos irreversibles en la salud de los pacientes y en algunos casos el precio que han tenido que pagar por una mala intervención quirúrgica o un deficiente tratamiento médico ha sido con su vida. Esto ha llevado a movilizaciones sociales por parte de las familias de las víctimas por mala práctica médica, lo que a la postre ha hecho eco en el órgano legislativo para la creación de este nuevo tipo penal que tiene como objeto reprimir únicamente las conductas que infrinjan los elementos que conforman el deber objetivo de cuidado, tal como lo veremos más adelante.

Si bien es cierto, la mala práctica médica ya se encontraba establecida en el anterior Código Penal como homicidio inintencional, sin embargo, no se le había dado el alcance que tiene actualmente la norma contemplada en el art. 146 del cuerpo de leyes antes mencionado. Esto es así, debido a los cuatro requisitos que prevé este artículo para establecer si se ha omitido o no el deber objetivo de cuidado. Se puede además observar la agravante que plantea la norma en su inciso tercero, cuando la muerte de una persona se produzca por acciones innecesarias, ilegítimas y peligrosas, lo cual repercute obviamente en el tiempo de la sanción. La pregunta de investigación en torno a este tema gira en base a dilucidar lo siguiente:

¿Qué teoría de imputación aplican los jueces de garantías penales en el Ecuador para dictar sus fallos en los casos de homicidio culposo por mala práctica profesional (medica)?

A mi modo de ver, la teoría de imputación que aplican los jueces en este tipo de casos es la Teoría de la Imputación Objetiva, debido a que en este tipo de delitos como lo es el Homicidio culposo por mala práctica profesional no es suficiente identificar la relación de causalidad entre acción y resultado para poder sentenciar, sino lo importante es atribuir un resultado penalmente relevante al dueño de la conducta que ha generado un riesgo prohibido. A más de esto, pienso que por ser este tipo de delito uno de índole culposa los jueces de hoy en día la aplican sin lugar a dudas, más aún cuando tienen que deliberar si la conducta penalmente relevante ha incrementado el riesgo jurídicamente permitido, y si además ha infringido los cuatro numerales que conforman el deber objetivo de cuidado y que están tipificados a continuación del inciso cuarto del art. 146 del COIP.

Esta hipótesis se contrastará en lo medular a lo largo del análisis que se realizara del tema de investigación planteado, a fin de comprobar o no la respuesta que se ha dado a la pregunta de investigación formulada.

El tema de la práctica médica relacionada como un hecho imprudente ya se lo trataba desde el año 1930 cuando el penalista alemán Engisch destacó que “entre la pura conexión causal de la acción imprudente con el resultado y la culpabilidad (...) había un tercer elemento importantísimo, sin el cual no podría fundamentarse el tipo de injusto del delito imprudente: el deber objetivo de cuidado” (Muñoz Conde & García Aran, 2015, pág. 302). Como vemos, desde aquel entonces ya se ponía como condición que para que los

delitos culposos sean sujetos a un juicio de reproche, no bastaba con que se configure el nexo causal que generaba la acción y el resultado para declarar la culpabilidad, sino que tenía que mediar especialmente en el ámbito del ejercicio de una profesión, arte u oficio, el elemento indispensable para que se cometa la infracción culposa, como lo es la falta al deber objetivo de cuidado.

Lo fundamental de este tipo de injusto es descubrir quien actuó con la debida diligencia y quien no, pues no se puede imputar la comisión de un hecho imprudente cuando A ha ocasionado la muerte de B, habiendo actuado apegado a todas las reglas profesionales, bioéticas, instrumentales y sanitarias, más aun cuando el deceso de una persona deviene de un caso fortuito o de fuerza mayor, siendo en este caso irrelevante para el derecho penal la actuación del equipo médico que participó en la intervención del paciente. Por lo tanto, no es suficiente con tener en frente a la mera causación del resultado producida por una presunta acción culposa para imputar a A de la muerte de B. (Muñoz Conde & Garcia Aran, 2015, pág. 302).

De ahí deviene la importancia de la teoría de la imputación objetiva, porque nos permite evitar elucubraciones que vayan en desmedro de la presunción de inocencia con la que debe estar revestida toda persona, no solo en el cometimiento de delitos culposos si no también dolosos, y de esta manera identificar sobre quien recae la responsabilidad penal, para llamar a juicio, sobreseer, dictar sentencia condenatoria o absolutoria o para ratificar o revocar el fallo venido en grado a través de un juicio de valoración y subsunción adecuado de la prueba y de la norma. El nivel de desarrollo que se ha alcanzado en el tema de estudio ha sido como podemos apreciar relevante, debido a que al momento de realizar esta propuesta de investigación tenemos muy claro lo referente a la imputación

del resultado al tipo objetivo. Esto es así porque a través del tiempo la doctrina penal ha descartado “una posible confusión entre lo que es la “imputación en Derecho Penal” y la “imputación objetiva del resultado” (...) (Zabala Egas, 2014, pág. 201)

Hay que tener claro entonces que en el delito de Homicidio Culposo por Mala Práctica Profesional de la Medicina “lo causal natural nos sirve para explicar el suceso, pero no nos sirve para imputar un resultado típico” (Zabala Egas, 2014, pág. 202). Pienso que esto se ve a diario en los casos que se dan por este tipo de delito, ya que la medicina al no ser una ciencia exacta, requiere que el profesional de la salud al momento de diagnosticar e intervenir tanto clínica como quirúrgicamente cumpla con todos los elementos que necesita el deber objetivo de cuidado, teniendo presente el principio de confianza cuando se procede a delegar funciones a otros miembros de un equipo médico, ya que esto sirve para establecer responsabilidades cuando se incrementa el riesgo permitido y se produce el resultado típico. Esto posibilitara someter a un juicio de reproche al dueño de esa conducta como autor de un delito culposo, por no haber cumplido con la diligencia debida y la previsibilidad que el caso ameritaba.

La tendencia que trae consigo actualmente el delito culposo o imprudente es la que “debe responder a una nueva construcción dogmática” (Avila Santa Maria, 2015, pág. 149) refiriéndose estrictamente a la culpa y a los elementos del deber objetivo de cuidado. Esta norma nos hace ir directamente a lo que está previsto en el art. 146 del COIP, el cual menciona los elementos que determinan la infracción al deber objetivo de cuidado y que son:

1.- La mera producción del resultado no configura infracción al deber objetivo de cuidado

2.- La inobservancia de leyes, reglamentos, ordenanzas, manuales, reglas técnicas o lex artis aplicables a la profesión.

3.- El resultado dañoso debe provenir directamente de la infracción al deber objetivo de cuidado y no de otras circunstancias independientes o conexas.

4.- Se analizara en cada caso la diligencia, el grado de formación profesional, las condiciones objetivas, la previsibilidad y evitabilidad del hecho.¹

Por lo visto, la organización interna de la presente tesis está estructurada en primer lugar en tratar lo más relevante en cuanto a la Teoría de la imputación objetiva se refiere, haciendo énfasis en estudiar los elementos que la conforman como tal y que así mismo la distinguen y diferencian de otros tipos de teorías de imputación penal. En segundo lugar, se analizara a profundidad el caso fortuito como causa de exclusión penal y su diferencia con la imprudencia, a fin de que el lector pueda discernir y comprender en qué casos existe un hecho que a pesar de haber provocado una consecuencia lesiva para un bien jurídico tutelado, la misma no puede someter al dueño de la conducta a sanción alguna por haber mediado a su favor un componente imprevisible e inevitable en la materialización del resultado. En tercer lugar, se tocara el tema de la atribuibilidad penal desde la perspectiva del comportamiento típico y del incremento del riesgo permitido, para posteriormente atribuir penalmente aquel comportamiento a un juicio de reproche.

Por último, se discutirá lo referente al juicio de reproche en el delito de homicidio culposo por mala práctica médica, en los casos donde el resultado se haya concretizado por intermedio del consentimiento, por lo que se dilucidara si el mismo cabe o no como

¹ Código Orgánico Integral Penal, art. 146



causa de eximente penal o de atenuación de la pena, a más de analizar la fundamentación jurídica de cuatro sentencias relacionadas con un caso de homicidio inintencional en contra de un médico anesthesiólogo y otro fallo por negativa de atención a pacientes en estado de emergencia en contra de un cirujano digestivo, las mismas que se resumen como dos de los casos de mayor injerencia política y de conmoción social ocurridos en el Ecuador, a efectos de comprobar la hipótesis planteada y de dilucidar si el delito en cuestión tiende o no como sostiene el gremio de profesionales de la salud a criminalizar la actividad médica por la tipificación del delito contemplado el art. 146 del COIP en Agosto del año 2014.

CAPÍTULO I

IMPUTACIÓN OBJETIVA

1.1 IMPUTACIÓN DEL RESULTADO POR LA CAUSALIDAD.

La importancia que reviste este primer subtema dentro de este capítulo es clave para entender las nuevas teorías de imputación penal que se utilizan actualmente en los delitos de homicidio culposo por mala práctica profesional en el área de la salud. Este ámbito, está comprendido por todos y cada uno de los profesionales que se dedican en su quehacer diario a paliar, curar y diagnosticar las distintas enfermedades y padecimientos que sufren los enfermos; quienes, día tras día acuden a casas de salud como hospitales y clínicas, a fin de poder tratarse y encontrar así la causa de sus males. Su anhelo consiste en recibir el tratamiento adecuado que les permita recuperarse y llevar un mejor estilo y calidad de vida.

La evolución de la sociedad con el paso del tiempo no solo trajo consigo el avance de la ciencia y tecnología segundo a segundo, sino también dio paso a la creación de nuevas y más modernas teorías y formas de imputación penal. Su finalidad, establecer la materialidad de la infracción y la responsabilidad penal del presunto autor, pero no solo con el simple hecho de constatar una acción que ha producido un resultado (relación de causalidad) ni tampoco la de comprobar su finalidad (teoría finalista) sino el desafío consistía en que estas teorías vayan más allá de lo simple y puramente causal y final; es decir, una teoría que descifre y ponga en práctica el verdadero espíritu normativo del delito.

El desarrollo social a su vez ha hecho posible el surgimiento de nuevos injustos, sin embargo, en el caso del Homicidio culposo por mala práctica profesional (medica) tipificado y sancionado en el Código Orgánico Integral Penal, en su art. 146, en agosto del año 2014, tuvo por parte de los legisladores un nuevo contenido en su estructura y en su sanción.

Tal es así que para la tipificación de este nuevo ilícito se tomó especial consideración en los tipos de riesgo medico más importantes que existen, “Los más frecuentes son los riesgos comunes, propios de la actividad médico-sanitaria, que consisten en la comisión de errores médicos por infracciones a la *lex artis*.” (Fernandez Sessarego & Woolcott Oyague, 2018, pág. 272) Otro tipo de riesgo es el llamado riesgo terapéutico “Se trata de aquel riesgo imprevisible e irresistible que no puede ser controlado por el médico o por el establecimiento de salud. Es decir, en esta hipótesis estamos frente al caso fortuito que exonera al médico de toda responsabilidad” (Fernandez Sessarego & Woolcott Oyague, 2018, pág. 273)

Es por esta razón que este nuevo tipo penal exige que la conducta, para que se encuadre en la norma, tenga que reunir características y requisitos específicos que se encuentran contemplados en la ley, y que posteriormente los trataremos y analizaremos a profundidad.

Como podemos observar, esta metamorfosis social ha dejado atrás aquella concepción individualista y patrimonialista, que lo que buscaba era proteger únicamente el derecho a la propiedad, consistente en el daño emergente y el lucro cesante al momento de producirse un daño, constituyéndose entonces en el bien jurídico más importante que

podía tener el ser humano en comparación con el derecho a la vida o a la libertad. Como se puede apreciar antiguamente la mayor preocupación de los juristas era mantener intacto el capital el cual prevalecía sobre la persona; es decir, el haber era más prioritario y urgente que el ser. Sin embargo, a raíz de la creación del humanismo jurídico esta visión capitalista quedo atrás, siendo entonces superada por el desarrollo de los valores cristianos que promulgaban y proyectaban como principal sujeto de derechos al ser humano. Desde entonces al menos en teoría el ser humano pasa a ser jerárquicamente superior en derechos que el capital, a pesar de que en la práctica hoy en día suceda muchas veces lo contrario. (Sessarego & Woolcoott Oyague, 2018, págs. 44-45-46)

Frente a esta realidad, el delito de homicidio inintencional tipificado en el anterior código penal resultaba caduco; pues ya no respondía a las exigencias de una sociedad que solicitaba avances en la construcción normativa de un nuevo catálogo de delitos, el cual tenía la misión de brindar una mayor satisfacción y grado de respuesta a las víctimas que clamaban por una justicia pronta, proporcional a la gravedad del delito cometido y sobre todo apegada a los nuevos tiempos de las sociedades actuales, en relación al estrepitoso incremento de muertes por mala práctica profesional en el ámbito de la salud. A este respecto, el homicidio culposo por mala praxis médica se considera en la doctrina como un delito de resultado, ya que como habíamos mencionado para que se configure como delito; se requiere que exista no solo una relación causal entre la acción y el resultado producido, tal como lo veremos más adelante.

Es así que Fletcher, sostiene que: en los “delitos de consecuencias dañosas”, como el homicidio y lesiones, su realización y materialización típica, provoca como es obvio un daño, pero este daño puede ser susceptible a llevarse a cabo por accidente, de ahí que

resulta de trascendental importancia comprobar si el desvalor de resultado ha sido consecuencia de una “acción humana” o de una “fuerza natural”. (Muñoz Conde & García Aran, 2015, pág. 239). Es en este punto donde cobra importancia la teoría de la imputación objetiva, debido a que, en primer término, el desvalor de la acción producida tiene q tratarse de una conducta penalmente relevante, que haya incrementado un riesgo jurídicamente desaprobado. Seguido a esto, el riesgo debe haberse realizado en el resultado y finalmente la consecuencia del hecho factico necesita encontrarse dentro del ámbito o esfera de protección del bien jurídico vulnerado, elementos que a si mismo los iré estudiando con mayor detalle en las próximas páginas de este trabajo. (Vasquez Cevallos, 2016, págs. 61-62)

Al hablar del desvalor de acción y resultado desde la perspectiva de la imputación del resultado por la causalidad y abordándola desde la teoría de la imputación objetiva, con el objeto de comprobar sus requisitos normativos para conocer si ese acto produjo una consecuencia reprochable susceptible a una sanción, es necesario analizar un poco más a profundidad estos tipos de desvalor. Es preciso distinguir que el desvalor de la acción no requiere ser puesto en marcha solo por los elementos caracterizadores de la conducta como lo es el dolo y la imprudencia, sino además por la forma, modo y grado de realización ex ante de una conducta calificada como peligrosa. De lo que se trata es que la acción previa, anterior al resultado, sea el detonante principal y absolutamente probable del desenlace ocasionado, teniendo como premisa y eje principal de este análisis que la norma penal prohíbe y sanciona tanto una acción voluntaria como imprudente con la cual se genere algún tipo de daño o lesión a un bien jurídico protegido, configurándose aquello en el desvalor de resultado. (Cerezo Mir, 2014, pág. 463)

En este mismo sentido, una cuestión que a criterio personal me parece importante sacarla a relucir, es que la lesión del bien jurídico no solo se da en los delitos de resultado material sino además en los de simple actividad. En el caso concreto, el delito de homicidio culposo por mala práctica médica es un ilícito de consecuencia material, por existir como es obvio la muerte de una persona debido a una negligencia médica. Sin embargo; en el caso de un conductor que maneja su vehículo bajo los efectos del alcohol o de sustancias estupefacientes, por ser esta una conducta de mera actividad lesiona sin lugar a dudas el bien jurídico de la seguridad del tráfico, sin que sea necesario causar un accidente de tránsito en el que resulten daños materiales, personas heridas o muertas, para que solo en ese momento se vulnere un derecho protegido de la ciudadanía en general. Hay que tener presente entonces que la ausencia del desvalor de resultado existirá solo en la tentativa, y en los delitos de peligro abstracto, mientras que el desvalor de la acción está vigente siempre en los delitos dolosos e imprudentes de acción como los que acabamos de ver. (Cerezo Mir, 2014, págs. 463-464)

Para el Derecho es imperioso prohibir comportamientos que ex ante pongan en peligro a un bien jurídico tutelado (Cerezo Mir, 2014, pág. 465), no obstante, vemos que en los tipos penales en los cuales se encuentran tipificados y sancionados los diferentes delitos, no especifican ni describen por menorizadamente como debe llevarse a efecto una conducta para ser la que está contemplada en la norma penal, sin embargo; creo y de modo personal que la ley penal creada por el legislador lleva implícito aquello que no se encuentra tan detalladamente descrita como queremos, es por eso que tenemos que interpretarla asumiendo los peligros de nuestros actos para evitar cualquier tipo de acción que pueda encuadrar y desencadenar conductas riesgosas que vayan en perjuicio de un bien jurídico protegido.

Como habíamos indicado al inicio de este capítulo, existen teorías como la teoría de la adecuación, que si bien es cierto recurre a la diligencia debida y a la previsibilidad objetiva para determinar la relación de causalidad de un hecho, sin embargo; tiene dificultades para precisar que acción es causa de un resultado y que acción es penalmente relevante. (Muñoz Conde & García Aran, 2015, pág. 242) Si interpretamos esta teoría con el tipo penal que es materia de este trabajo de investigación, puedo deducir que no se adecuaría de manera correcta a la motivación que tendría que plasmar un juez en la sentencia, a fin de declarar la inocencia o la culpabilidad de una persona, en vista de que el operador jurídico no contaría con un instrumento indispensable como lo es una buena teoría de causalidad, que le permita tener claro el aspecto normativo y ontológico de la conducta, para subsumir a posteriori el supuesto hecho ilícito en la norma, y así dictaminar una sentencia.

Las teorías individualizadoras en cambio, establecen una relación de causalidad solo cuando sea la acción la causa de la producción del resultado; es decir este tipo de teoría tiende como dice su nombre a individualizar un hecho como tal, independientemente de otro tipo de circunstancia que pudiera ocurrir en el transcurso de la realización del acto principal, el cual no estará sometido a ningún tipo de condición para determinar su antijuridicidad con respecto a la norma penal y por tanto ser susceptible a una sanción. Para Kholer, el creador de la teoría de la causa eficiente “causa es la condición de la que depende la cualidad del resultado, mientras que de las otras condiciones depende únicamente su aparición” (Cerezo Mir, 2014, pág. 359)

Como vemos, el resultado no solo puede ocurrir por la ejecución de un acto que produce un resultado pues si el resultado es reprochable puede también ser antijurídico; es decir no contrario a derecho como en el caso de la legítima defensa o el estado de necesidad. Mientras que, en el caso de una muerte por mala práctica médica, el presunto autor puede ser exonerado de responsabilidad penal cuando haya actuado conforme al deber objetivo de cuidado y a la *lex artis* en el ejercicio de su función. Por tanto, si hay condiciones que exoneran no solo la responsabilidad penal sino además la materialidad de la infracción.

Parafraseando al filósofo del derecho Viktor Cathrein, en cuanto a discernir la razón por la que la luz del sol ingresa a la habitación de una persona, pensaríamos que es porque alguien ha procurado abrir la ventana o las persianas de ese dormitorio, sin embargo, hacer aquello se constituye solo en una condición para que se ilumine aquella habitación, ya que la razón principal por la que se da ese efecto es por los rayos ultravioletas que emanan y se generan desde el astro rey (sol). (Cerezo Mir, 2014, pág. 359) En cambio, la teoría de la causalidad adecuada según el fisiólogo alemán V. Kries, es la que apunta a que la relación de causalidad se hace posible solo cuando el resultado se vislumbre como previsible antes del cometimiento de la acción riesgosa o de peligro, teniendo en consideración por parte del sujeto activo de la infracción el pleno conocimiento que implica las consecuencias de sus actos llevados a cabo por circunstancias además cognoscibles por parte del infractor. (Cerezo Mir, 2014, pág. 360)

Como podemos observar el juicio de previsibilidad objetiva es el punto clave para que una acción sea la que genere un resultado. Tal vez se preguntarán, pero ¿Como hace el juez del caso para poner en práctica este juicio de previsibilidad objetiva? La respuesta a

esta inquietud la puedo desarrollar de la siguiente forma: El juez quien es el garante del proceso penal, en cuanto al respeto y cumplimiento del debido proceso y a los derechos y garantías constitucionales de las partes procesales, debe valorar la prueba de cargo y de descargo presentada con absoluto discernimiento y conocimiento del hecho factico del caso en cuestión. Siendo así, el juez podrá llegar a concluir si el agente estaba facultado tanto por sus condiciones psíquicas cuanto físicas para comprender las consecuencias de sus actos, los cuales se evidenciarán por medio del nexo causal entre acción y resultado, cuando el desenlace final del hecho le sea otorgado a la acción emprendida por el sujeto activo del delito, y de esta manera el juez pueda dictaminar el fallo respectivo. (Cerezo Mir, 2014, págs. 360-361)

Esta clase de teoría sin embargo tiene su talón de aquiles en cuanto a que no es precisa en establecer y determinar lo que en doctrina se conoce como los elementos ontológicos y nomológicos, los cuales se refieren estrictamente a las circunstancias que rodearon y motivaron al actor a llevar a cabo su propósito de cometer la acción delictiva considerando su grado de cognocibilidad y experiencia en su profesión, lo cual influye ciertamente para la aparición o no de la relación de causalidad previamente establecida. Otra de las falencias de esta teoría radica en que tiene dificultades en graduar el nivel de posibilidades que tiene la comisión u omisión de un acto para que se compruebe si el resultado fue o no objetivamente previsible. Como podemos apreciar esta teoría carece entonces de una base sólida para que el juez pueda comprobar la existencia o no de una relación de causalidad, y menos hacer uso del juicio de previsibilidad objetiva para dicho fin. (Cerezo Mir, 2014, pág. 361)

He aquí la importancia de que el operador jurídico no solo tenga que preocuparse por ser un experto en la aplicación e interpretación de las normas legales, sino además tiene que poseer la capacidad axiológica que le permita sensibilizarse y dar el valor y el sentido correspondiente a las conductas que hayan transgredido un bien jurídico tutelado por el derecho penal. Por tanto, el juez debe estar entrenado para encontrar aquel sentido axiológico en la conducta llevada a cabo por el infractor, lo que hará que se complazca en dar a cada quien lo que le corresponde y por el contrario permitirá que se irrite y se subleve ante la injusticia. En definitiva el operador jurídico tiene que aprender a aplicar la fría y lógica norma penal en consonancia con la sensibilización y valoración de las conductas en conflicto, más aun en los casos de responsabilidad por mala práctica médica. (Sessarego & Woolcott Oyague, 2018, págs. 160-161-162-163)

Gimbernat, afirma que la teoría de la causalidad adecuada más que una teoría de la causalidad es una teoría de la responsabilidad, ya que confunde por decirlo así la realidad final de un resultado por la dependencia que otorga al grado de posibilidades que tiene una acción para provocar tal o cual resultado. Ejemplificando lo dicho por Gimbernat, podríamos señalar el presente caso: Si A causa una lesión a B sabiendo que B sufre de hemofilia, es objetivamente previsible para A que B se desangre y muera por esta causa. Pero si A desconocía que B era hemofílico, el resultado no puede ser de ningún modo previsible para A de forma objetiva, porque nadie excepto alguien del círculo íntimo de la víctima podría haber conocido la enfermedad de B, menos aun si quien infirió el daño es una persona total y absolutamente desconocida. (Cerezo Mir, 2014, pág. 362)

Otra de las teorías de las cuales hemos hecho alusión, es la llamada teoría de la causa jurídicamente relevante; la cual hace énfasis en que el problema causal trata de implantar

con precisión y exactitud el o los factores que tuvieron incidencia directa y relevante desde el punto de vista jurídico en la comisión del resultado reprochable, para una vez verificado aquello poder atribuir de manera objetiva dicho resultado a una persona. Esta teoría discrepa y se contra posiciona en relación a la anterior, en cuanto a que dilucida que los criterios de previsibilidad objetiva y de debida diligencia son insuficientes por decirlo menos para definir los procesos causales jurídicamente relevantes. Para suplir estas falencias doctrinarias este tipo de teorías causales, han tenido que integrarse con “criterios normativos” propios de la “teoría de la imputación objetiva”, en razón como hemos dicho de su carencia de progreso dogmático y doctrinario. (Muñoz Conde & Garcia Aran, 2015, págs. 242-243)

Para esta teoría, la causalidad jurídico penal ocasionada en los delitos imprudentes será relevante cuando ex ante, el resultado producido por la acción se haya podido prever de manera objetiva, es decir cuando antes de cometer la acción se tenga la absoluta certeza de conocer cuál será la consecuencia de aquel comportamiento temerario o imprudente. Solo de esta forma se podrá analizar y verificar que al momento de ejecutar la acción se inobservo por parte del ejecutante el deber o el cuidado objetivamente debido, razón por la que se dio el resultado esperado. Es esencial además comprobar no solo que el resultado se haya materializado en el daño a un bien jurídico por aquella inobservancia, sino además se tiene que constatar que la lesión de aquel derecho era lo que pretendía evitar la norma penal tipificada en el código punitivo. (Cerezo Mir, 2014, pág. 363).

La imputación del resultado por la causalidad al hacerse efectiva tanto en acciones dolosas como imprudentes, no serán punibles si no se configuran previamente como tales. Una particularidad existente entre estos dos tipos de comportamientos es que la relación

de causalidad como tal se rige bajo la misma perspectiva ex ante para determinar su forma de culpabilidad, en ambas clases de conductas. (Cerezo Mir, 2014, pág. 363).

Por otro lado, la teoría de la equivalencia de las condiciones era considerada la más segura y eficaz para comprobar aquella relación de causalidad por medio de su fórmula denominada “la condición sin la cual” o en latín “la *conditio sine qua non*” debido a que la misma explicaba que el resultado producido por una acción devenía de varios factores y circunstancias, siendo por tanto todos ellos necesarios y al mismo tiempo equivalentes para la obtención del resultado final. Para esta teoría causa es toda condición que suprimida o abstraída mentalmente no impide que se produzca el desenlace o la consecuencia conclusiva. La doctrina reconoce, sin embargo; que esta teoría se encuentra relegada en relación a la investigación científica, ya que si la ciencia se ve impedida en algunos casos de poder descubrir que fue lo que causó un resultado en concreto, menos lo podrá constatar esta clase de teoría debido a su incapacidad para dicho fin. (Cerezo Mir, 2014, págs. 350-351)

Para mayor ilustración de lo parafraseado anteriormente, y tomando como referencia lo dicho por el maestro Roxin en el sentido de que: La carencia de una prueba científico natural en un caso específico que se necesita para demostrar la culpabilidad de una persona por un hecho en concreto, no puede ser interpretada ni valorada de acuerdo al libre albedrío o a la libre convicción de un operador jurídico al momento de sopesar y valorar los elementos de convicción en un proceso penal. Para ello debe primero demostrarse que ha existido una relación de causalidad a través de la comprobación de lo que ha sido el factor general de la lesión o el daño causado a un bien jurídico protegido, a pesar de que se desconozca si es el caso el componente o el elemento específico de la

conurrencia de ese daño. Spindel sostiene que “Una acción es causal si haciendo abstracción de ella y teniendo únicamente el resto de las circunstancias efectivamente dadas el resultado concreto no se hubiera producido” (Cerezo Mir, 2014, págs. 352-353) ejemplificando la cita para mayor comprensión tendríamos el siguiente ejemplo:

Si A suministra a B un antibiótico del cual B es alérgico y por tanto tenía prohibido su ingesta, B fallece al poco tiempo por un shock séptico refractario. Pero si B hubiere muerto atropellado por un vehículo desconocido a las pocas horas, producto de haberse desplomado en el suelo al salir a la calle por causa del efecto de ese medicamento que le provocó una descompensación de la presión arterial. En este ejemplo es indispensable concentrarnos en la acción concreta realizada; pero se preguntarán ¿cuál es esa acción? La respuesta es objetiva: B muere por una de las dos causas, la primera por el suministro del medicamento y la segunda por el arrollamiento. Si hacemos abstracción de la primera de igual forma morirá por la segunda y viceversa. Es decir, aun suprimiendo una de las circunstancias expuestas el resultado no deja de producirse, al contrario, la relación de causalidad se efectiviza y al mismo tiempo se concreta con la muerte de B. (Cerezo Mir, 2014, pág. 353)

Hay que tener claro entonces que la interrupción del curso causal solo se presenta cuando existen dos causas diferentes e independientes del resultado, sean estas causas humanas o devenidas de fenómenos naturales. Tomando como ejemplo el mismo caso planteado en el párrafo anterior sin embargo, con algunas modificaciones lo expondría de la siguiente manera: A suministra a B un antibiótico del cual B es alérgico y por tanto tenía impedimento de ingerirlo por el riesgo de sufrir una descompensación arterial, por lo que antes de que el medicamento surta efecto, estando B todavía en uso pleno de sus

facultades volitivas y cognitivas es atropellado en la carretera por la que iba caminando por un vehículo a exceso de velocidad. Cambiado así las circunstancias del hecho factico, se puede decir que en este caso si concurre una clara, real, detallada y por tanto explicita interrupción de la relación de causalidad de la premisa menor (hecho factico) del caso en cuestión. (Cerezo Mir, 2014, pág. 356)

La problemática de la imputación del resultado por la causalidad, como hemos advertido radica entonces solo en los delitos de resultado, como en el caso del homicidio culposo por mala práctica médica. En este sentido, una vez más se ha confirmado que la relación de causalidad en este tipo de delitos no basta para imputar penalmente el resultado a quien lo ha cometido; ya que para atribuir aquello ya sea a título de dolo o imprudencia, atendiendo lo analizado por el tratadista Francisco Muñoz Conde, se debe limitar el daño causado con criterios normativos propios de la teoría de la imputación objetiva, en base al principio de culpabilidad. (Muñoz Conde & Garcia Aran, 2015, pág. 246).

Desde otra óptica, la teoría de la imputación objetiva vista desde la perspectiva de la “función de motivación de la norma penal” en torno al delito de homicidio culposo por mala práctica médica; nos dice que: las conductas que aumenten el riesgo y peligro permitido y que hayan podido ser previsibles de manera racional; solo aquellas podrán ser imputadas objetivamente. En definitiva, lo que la norma penal busca es sancionar el resultado que ha sido causado por una conducta tipificada como ilegal dentro de un catálogo de delitos y que por ende se ha constituido previamente en una amenaza a un bien jurídico tutelado, en este caso la vida de una persona. (Muñoz Conde & Garcia Aran, 2015, pág. 310)

1.2 ASPECTOS CONFIGURADORES DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA.

La teoría de la imputación objetiva, como habíamos señalado en páginas anteriores, requiere que se cumplan los siguientes requisitos para configurarse como tal; los mismos que a continuación se detallan:

1.2.1 La Creación de un Riesgo Jurídico - Penalmente Relevante.

Como su nombre lo indica, es elemento sine quanon que exista previamente una acción ex ante que rompa el riesgo permitido de la actividad que realiza el sujeto activo, y que como efecto de esto; se produzca ex post la consecuencia dañosa. Es imperioso además que esta acción ex ante sea de importancia para el derecho penal, es decir; si el comportamiento es inadecuado e incorrecto en tal o cual actividad y así mismo incrementa el peligro consentido que dé lugar a la materialidad del delito, pero; si a pesar de esto se logra evidenciar que, aunque se hubiera actuado de manera contraria se tendría el mismo resultado, no cabría entonces imputar objetivamente al dueño de la conducta por el perjuicio ocasionado. (Muñoz Conde & Garcia Aran, 2015, págs. 243-244)

Un ejemplo para entender mejor lo parafraseado, es el siguiente:

“El médico inyecta indebidamente procaína al paciente produciendo su muerte, pero esta también se hubiera producido de haberse empleado novocaína, que era lo aconsejable” (Muñoz Conde & Garcia Aran, 2015, pág. 244)

La determinación del riesgo permitido tiene que realizarse de forma independiente; es decir, el riesgo debe ser sometido al caso en concreto y de

ningún modo generalizarlo. Para este fin habrá que valorar las normas administrativas, técnicas, deontológicas, de control de la actividad y las que se refieren a la experiencia de aquella actividad que creó un riesgo jurídico penalmente relevante o no permitido. La doctrina establece que, en los delitos imprudentes, la previsibilidad objetiva y la diligencia debida configuran su aspecto objetivo. (Roxin, 1997, pág. 76). Es decir, la actividad en mención tiene que obligatoriamente ser contrastada con los manuales, técnicas, y lex artis establecidas para el efecto, a fin de comprobar si la acción llevada a cabo estuvo o no apegada a todo ello, para luego determinar si efectivamente se violó o no el cuidado y la diligencia debida.

Si partimos de que la teoría de la imputación objetiva está conformada por reglas normativas de imputación, será necesario entonces analizar las características objetivas y subjetivas de la conducta que ha lesionado un bien jurídico protegido, para después poder subsumirlas en el tipo o en la norma penal que resguarda aquel derecho tutelado. (Roxin, 1997, pág. 80) De lo que se trata es hacer una subsunción adecuada de conformidad con la acción realizada por el sujeto activo de la infracción, con el objetivo de que tanto la descripción típica de la conducta prevista en el código punitivo se adopte perfectamente al comportamiento llevado a cabo por el autor del hecho, para que así no exista margen de error en cuanto al delito que se tiene al frente y a la futura acusación que tendrá que sortear el acusado dentro de un proceso penal.

La importancia de utilizar el juicio o imputación de carácter normativo, radica en que posibilita antes de otorgar al hecho reprochable el carácter de antijurídico y culpable, discernir si un hecho tanto doloso como imprudente puede ser imputado a su autor y consecuentemente responsabilizarle por la acción cometida. (Roxin, 1997, pág. 81) Como habíamos mencionado, el primer grado dentro de los elementos de la teoría del delito que se debe probar es la tipicidad, pues sin esta no habrá ni antijuridicidad ni culpabilidad. Por otra parte, adecuar aquellos criterios normativos propios de la teoría de la imputación objetiva, permitirán establecer si la acción fue cometida con la intención y voluntad de causar daño (dolo) o, por el contrario, verificar si el incremento del riesgo permitido se debió a una falta de los principios de la debida diligencia o cuidado debido, convirtiendo de este modo a la acción en penalmente relevante por (imprudencia).

En esta parte, cobra importancia un elemento típico del riesgo permitido el cual es la delimitación, ya que posibilita como su nombre lo dice adecuar, delimitar el tipo, la norma penal a las conductas que van evolucionando en la sociedad con el paso del tiempo. Es evidente que un bien jurídico protegido cualquiera que este sea limita la tipicidad del delito, el cual esta descrito en la ley debido a que, si la conducta se aleja del verbo o de los verbos rectores del ilícito, por carecer de un comportamiento relevante que haya puesto en peligro o lesionado un derecho protegido, simplemente se constituye en un hecho irrelevante para el derecho penal por el principio de insignificancia. El riesgo permitido favorece poner de manifiesto una verdadera realidad social dependiendo del grado de lesividad o poder de daño a un derecho, a través de

las personas que forman parte de una sociedad, pues ellas son quienes alzan su voz cuando existen actos que causan conmoción social y que van en perjuicio y en detrimento de sus bienes jurídicos tutelados. (Roxin, 1997, pág. 82).

1.2.2 El Resultado Producido Debe Ser la Realización del Riesgo Creado O Incrementado Por el Autor Con Su Conducta (Relación de Riesgo).

Este requisito hace alusión a que debe imputársele objetivamente la producción del resultado al sujeto activo del ilícito, solo cuando única y exclusivamente el riesgo acaecido haya sido concordante con su conducta; es decir debe haber existido un curso causal típico y regular entre la realización de la conducta y su posterior consecuencia dañosa, de modo que así pueda ser imputado el resultado al dueño de la acción delictiva.

Clarificamos lo anotado con el siguiente ejemplo:

“Es cierto que quien dispara contra otro crea un riesgo no permitido de producción de la muerte de este (...) pero si la víctima muere en un accidente de la ambulancia que le llevaba al hospital, el sujeto que le disparo no responderá del resultado muerte (...) porque este no ha sido la realización del riesgo creado con el disparo sino del que genera el tráfico automovilístico” (Muñoz Conde & García Aran, 2015, pág. 244)

Para que la realización del riesgo creado por una conducta se materialice en el resultado debe aquel comportamiento concretizarse ex post; es decir debe sobrevenir luego de la realización del acto calificado como dañoso y peligroso, como consecuencia de la relación de riesgo existente entre el hecho producido ex ante y el resultado final

provocado por esa conducta. Esta es la razón por la cual ningún tipo de conducta que produjo un resultado lesivo o no deseado, podrá ser imputada si deviene ya sea de un curso causal anómalo o de un riesgo diferente al creado por su autor. En definitiva, el resultado provocado debe ser fruto única y exclusivamente del riesgo con el que se ha violentado el derecho protegido de una persona, bien jurídico que debe estar precautelado en la norma de cuidado o en el tipo penal previsto y que puede ser vulnerado ya sea por haber omitido el deber objetivo de cuidado o la diligencia debida que el sujeto activo de la infracción estaba obligado a atender. (Roxin, 1997, págs. 83-84)

Tampoco se podrá imputar un resultado a una conducta, cuando el incremento del riesgo haya sido generado por una conducta que no sea la real, bajo esta premisa se estudian los casos en los que el resultado se habría dado de todos modos aun si se hubiera actuado conforme al deber objetivo de cuidado. En estos casos Roxin plantea la llamada teoría del incremento del riesgo para resolver este problema. Esta teoría estudia los riesgos creados tanto por la conducta imprudente como la prudente, con el objetivo de descubrir cuál de los dos comportamientos fue el que creó un riesgo mayor al permitido a través del análisis de los hechos ex ante y ex post. Si luego de comparar los riesgos creados por ambos tipos de conducta para determinar cuál de los dos generó un riesgo prohibido, se llega a colegir que entre el riesgo de la conducta real en relación con la conducta apropiada se hubiera llegado al mismo resultado dañoso, simplemente no se podrá imputar al ejecutor por el resultado ocasionado. (Roxin, 1997, págs. 84-85)

Parte de la doctrina, sin embargo; sostiene que no se debe comparar entre la conducta real y la conducta que se debió haber ejercido (hipotética) para imputar el resultado a aquella que ha aumentado el riesgo, sino se tiene que confrontar la acción real con otra

acción que no haya sido la correcta para el caso concreto. Es decir, hay que cotejar la primera conducta con otro comportamiento que haya creado también un riesgo diferente al producido por la primera y que por lo tanto haya transgredido la norma de cuidado llamada a proteger. En resumen, de lo que se trata es de equiparar el riesgo generado por ambos comportamientos en torno a la norma de cuidado vulnerada. Siendo así observamos que esta segunda forma de imputación penal se consolida mediante una acción imprudente, que como sabemos carece de la intención y de la voluntad de causar el daño (dolo) aun antes de ejecutar y materializar el acto en su parte objetiva. Esto deja entrever que para imputar objetivamente a una conducta ya sea por dolo o por imprudencia, se tendrá que analizar primero el elemento subjetivo del tipo penal. (Roxin, 1997, págs. 85-86)

Personalmente, discrepo con esta parte de la doctrina que sostiene aquello, ya que para descubrir en el delito de Homicidio Culposo por mala práctica médica la causa que fue el detonante principal del deceso de un paciente, es primordial comparar la conducta real que se ejerció con la conducta que se debió haber realizado, con la finalidad de encontrar la acción imprudente que aumento aquel riesgo que no debió bajo ningún concepto ser incrementada. Por tal razón coincido con la postura del maestro Roxin, en cuanto a la teoría del incremento del riesgo, pues posibilita además determinar si la conducta tanto real como irreal hubieran podido dejar como consecuencia el mismo resultado.

1.2.3 El Resultado Producido Debe Estar Comprendido En el Ámbito de Protección de la Norma.

Este último requerimiento que necesita la teoría de la imputación objetiva para concretarse como tal y que la abordaremos con mayor precisión más adelante, es clave

para resolver los casos en los que el sujeto pasivo de la presunta infracción cometida ha consentido en su realización por parte de un tercero que ha jugado el rol de proponente dentro del acto ejecutado. En este tipo de situaciones, es quien acepta la propuesta de ejecutar la acción, quien incrementa el riesgo jurídicamente desaprobado a su bien jurídica vida, más no el que ha inducido su puesta en marcha. Por tanto, este tipo de conductas no pueden ser imputadas objetivamente ni al proponente ni al ejecutor, en vista de que como podemos observar el desenlace de la acción no se ha producido dentro de la esfera de protección de la norma. (Muñoz Conde & Garcia Aran, 2015, pág. 245)

Lo anotado, se puede ilustrar de mejor manera con el siguiente ejemplo:

“Inducir a alguien a beber más de la cuenta o a realizar ejercicios acrobáticos en una cuerda floja (...)” (Muñoz Conde & Garcia Aran, 2015, pág. 245) como apreciamos, la aceptación libre y voluntaria de exponerse a este tipo de situaciones, incrementando de este modo el peligro existente, se encuentran fuera del fin del precepto legal previsto. En concreto, a la teoría de la imputación objetiva le interesa que haya de manera previa una conducta peligrosa, que dé como consecuencia un resultado lesivo producto de ese riesgo; y que aquel daño haya estado dentro del alcance de la norma en su tipificación.

El alcance del tipo penal concebido como tercer elemento de imputación, hace referencia a que los criterios de interpretación y normativización del tipo penal será relevante al momento de imputar o no una conducta. Además de que la norma penal positivada como tal por el legislador se lo hace en base a estudios de política criminal de acuerdo a como se entiende y se interpreta el delito desde su parte especial. Por lo que

siendo así no se puede generalizar una misma política criminal para todos los delitos, sino se lo tiene que realizar de una manera específica, autónoma e independiente para cada uno de los ilícitos de los que se trate. (Roxin, 1997, pág. 86).

Por su parte Jakobs sostiene que “hay dos instituciones que forman la imputación objetiva. Una del comportamiento y otra del resultado” (Vasquez Cevallos, 2016, pág. 97) Según este tratadista, el comportamiento está formado por: “Riesgo permitido, principio de confianza, prohibición de regreso, y competencia de la víctima” mientras que el resultado está compuesto por la acción típica y antijurídica, siempre que aparezca como el origen concluyente del resultado lesivo. (Vasquez Cevallos, 2016, pág. 97)

En palabras del maestro Roxin, el riesgo permitido excluye la imputación objetiva del resultado, “aun cuando el autor haya creado un riesgo jurídicamente relevante” debido a que la actividad que está siendo realizada se la cataloga como una conducta adecuada socialmente. Es por esto que cuando media el riesgo permitido en el desarrollo de una actividad, de la cual se ha respetado todos y cada uno de los elementos que conforman la *lex artis* en el ejercicio de una actividad o tratamiento médico profesional y sin embargo; se obtiene un resultado dañoso, existe una causa de justificación que a más de no poder configurarse como una acción típica, impide también atribuir objetivamente aquel daño o lesión a su autor. (Roxin, 1997, págs. 105-106-107)

En cuanto al principio de confianza, el cual lo analizaremos con mayor profundidad en los próximos subtemas, Schumann advierte que el mismo debe tener como soporte al “principio de la propia responsabilidad” esto quiere decir que, cuando una persona tiene la obligación de respeto y cuidado frente a un bien jurídico en particular, debe tomar las

precauciones necesarias para que la actividad que realiza se mantenga siempre dentro del espectro de riesgo permitido. Lo contrario implica que se incremente aquel riesgo por inobservancia al deber objetivo de cuidado, lo que causa que el principio en cuestión disminuya su importancia. En este mismo sentido, Kuhlen afirma en una opinión tripartita, la estrecha relación que existe entre la salvaguarda de un bien jurídico, la responsabilidad de quien lleva a costas este principio por el rol que desempeña y su consecuente “libertad de acción” para tener o no el cuidado debido frente a esta relación. (Roxin, 1997, pág. 172)

Por otra parte, la prohibición de regreso asume que “la coparticipación no dolosa en delitos dolosos debe quedar impune” (Roxin, 1997, pág. 175) sin embargo; cuando la persona que actúa sin la intención de infringir una norma de conducta, crea un peligro inminente que provoca un desvalor de resultado doloso por parte de otra persona, el coparticipe merece ser imputado por la acción no dolosa, no siendo merecedor entonces de la prohibición de regreso a partir de su accionar, y de este modo incluir su responsabilidad en el hecho. Para Roxin, la solución a este tipo de casos se encuentra en equiparar las condiciones tanto del principio de confianza como del riesgo permitido, a fin de evitar posibles resultados lesivos a un determinado bien jurídico protegido. (Roxin, 1997, pág. 176)

En cambio, la condición de la víctima como último elemento que conforma el comportamiento según Jakobs, hace alusión a la autodeterminación y/o autorresponsabilidad que debe poseer una persona para proteger sus propios intereses o bienes jurídicos. Esto implica que si el titular de su bien jurídico decide auto ponerlo en peligro por voluntad propia o hacer caso omiso a la protección que debe brindar a su vida

o integridad física, él y nadie más que él será el único responsable de la violación de este derecho, solo si el resultado lesivo depende única y exclusivamente de “su propia esfera de organización” (Alas Rojas, 2015, pág. 3)

Por último, y refiriéndonos al segundo componente del comportamiento como lo es el resultado, este se encuentra formado por la acción típica y antijurídica. La primera no es más que “la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la ley penal” (Muñoz Conde & Garcia Aran, 2015, pág. 218) es decir; en la tipicidad se determina la definición detallada del delito que da lugar a un resultado dañoso, con su correspondiente pena o sanción. Mientras que la segunda es “la comprobación de si la conducta típica cometida fue realizada o no conforme a derecho” (Muñoz Conde & Garcia Aran, 2015, pág. 218) esto es, verificar si la conducta realizada se apegó o no a lo que es adecuado socialmente, o si no lo hizo, establecer si existen causas de exclusión de la antijuridicidad. En concreto, la antijuridicidad es el acto típico que viola un bien jurídico tutelado por el derecho penal.

1.3. ÁMBITO O ESFERA DE PROTECCIÓN DE LA NORMA.

Para que una conducta pueda ser imputada objetivamente, tiene que lesionar el bien jurídico que está tipificado en el contenido y estructura del tipo penal. La acción puesta en marcha no puede causar daño a un derecho distinto del que está contenido en la norma, sino únicamente al que se encuentra salvaguardado en la misma. Un ejemplo que trae la doctrina para comprender de mejor manera este sub tema es el siguiente. La madre que al recibir el comunicado de que su hijo ha fallecido producto de un accidente de tránsito, sufre una crisis nerviosa y por consiguiente muere posteriormente fruto del asombro de haber recibido semejante noticia. En este caso surge la interrogante de discernir si ¿la

persona que causo la muerte del chico en el accidente, puede ser imputado también por el fallecimiento de la madre? La respuesta a esta pregunta es; no. No puede ser imputado objetivamente por el resultado producido por el segundo desenlace; debido a que simplemente no infringió de ninguna manera y en ningún momento el derecho a la integridad física de la madre peor aún su vida. Es decir; es una conducta que actúo fuera de la esfera o ámbito de protección de aquella norma penal (vida madre) (Vasquez Cevallos, 2016, pág. 101)

Es relevante analizar al respecto de lo establecido en el párrafo anterior, que el asambleísta previo a crear, derogar o modificar una ley debe tomar en consideración únicamente acciones que se puedan evitar, a fin de poner en vigencia el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos. Frente a esto, es necesario señalar que las conductas inevitables no son merecedoras de estar tipificadas en una norma penal, y por tal razón se las tiene que excluir de conformar un catálogo punitivo, porque al no ser previsibles en su acción y omisión son inconsecuentes con el daño que puede sufrir un bien jurídico protegido, caso contrario llevarían a crear confusión, impunidad y sin duda alguna inseguridad jurídica. (Vasquez Cevallos, 2016, pág. 102)

El alcance del tipo penal, tiene que ver entonces con la interpretación teleológica que busca el derecho penal material al momento de desestimar la imputación del resultado, cuando este es distinto de aquel derecho protegido y previsto en la norma. Otro ejemplo para sostener lo anotado es el siguiente: Minutos después de producirse un incendio en un domicilio, su propietario se percató de lo sucedido, pues en ese momento no se encontraba en el lugar, por lo que al llegar y ver lo que estaba ocurriendo sufre un shock

nervioso que lo desestabiliza emocionalmente, produciendo su muerte segundos después. (Vasquez Cevallos, 2016, págs. 103-104).

Suponiendo que la acción del sujeto activo en este caso fue dolosa, es decir; dirigida con voluntad y conciencia por parte de su ejecutor, con el fin de provocar el deceso del dueño del inmueble, aprovechando que en el interior del mismo se almacenaba materias explosivas, mal podría el fiscal de la causa que es a quien le corresponde la calificación jurídica del hecho punible, acusarlo por el delito de homicidio sino por el de incendio; debido a que el sujeto pasivo de la infracción no falleció incinerado producto del flagelo; sino, por un ataque emocional originado como se dijo por el impacto que le causo observar la destrucción de su vivienda por las llamas.

De lo dicho, si partimos en que la acción típica culposa tiene que causar un peligro o una lesión a un bien jurídico, el desvalor de la acción debe ir de la mano con el desvalor de resultado, pues la importancia que reviste el daño como tal es sinónimo de un actuar contrario al criterio normativo de un bien jurídico totalmente definido en la ley. En otras palabras, si la secuela del acto perpetrado se ejecuta dentro de la esfera del derecho resguardado y en su realización típica, solo en ese momento aquello lograra adquirir relevancia jurídico penal para el derecho positivo, el cual se traduce en el fundamento material del injusto típico penal. (Welzel, 2015, págs. 211-212)

Una distinción importante que estriba en esta parte de este subtema y tal como lo habíamos mencionado en párrafos precedentes, es cuando el resultado al concretizarse en el ámbito de la norma tutelada por haber infringido los preceptos del cuidado debido, igualmente se hubiera dado si se habría respetado y actuado conforme a los manuales,

reglas, técnicas o *lex artis* establecidas. En este caso, el resultado llevado a cabo no encajaría dentro del ámbito o esfera de protección de la norma, si por ejemplo un niño que se encuentra atravesando la carretera en una zona de alta velocidad y poca visibilidad por la neblina que hay en ese momento, es arrollado por un conductor que a pesar de manejar en forma descuidada, se hubiera producido el mismo resultado si habría estado conduciendo con total lucidez y precaución. (Welzel, 2015, pág. 212)

Es así, que tiene que verificarse con extremo cuidado y certeza por parte del operador jurídico, que el resultado acontecido sea producto de una omisión al deber objetivo de cuidado que lleve a lesionar el ámbito de protección del tipo penal. De no ser así el juez no tendrá otra opción que declarar la absolución de la persona procesada. Así queda entonces demostrado que todas las conductas que se aparten de la previsibilidad objetiva y que revistan este tipo de características deberán ser excluidas de los delitos culposos, en vista de que como hemos analizado sus resultados no coinciden con el proceso causal efectivo que debe tener una conducta punible y merecedora de una sanción penal. (Welzel, 2015, págs. 212-213)

De aquí radica entonces la importancia de la llamada concurrencia de culpas o imprudencias, que no es más que el análisis que se hace de las conductas realizadas tanto del infractor como de la víctima. La doctrina insiste una vez más que para que el resultado de una acción ilícita le sea atribuido a su autor, no basta con que el sujeto activo del delito omita la puesta en marcha del deber objetivo de cuidado, sino que también lesione el ámbito o esfera de protección del derecho tutelado, debido a que el derecho penal no consiente la compensación de imprudencias. En este sentido, el Tribunal Supremo admite la concurrencia de problemas en cuanto a la imputación objetiva de resultado, porque

afirma que cuando la conducta de la víctima haya sido imprudente, esto no influirá en lo absoluto en que se le otorgue al responsable de ser imputado objetivamente un nivel de gravedad mayor o menor por el quebrantamiento de su deber objetivo de cuidado. (Cerezo Mir, 2014, págs. 495-496)

Para solucionar este problema, el mismo Tribunal Supremo ha tenido que emplear la denominada teoría de la causa eficiente, relacionada con la compensación de culpas para excluir la imputación objetiva por el desenlace suscitado a favor del sujeto activo, cuando se demuestre que la conducta de la víctima ha sido la que ha producido el desvalor de resultado. Por el contrario, cuando se acredite que el infractor ha sido el responsable de infringir el cuidado debido y así mismo se confirme que ha lesionado el bien jurídico contemplado en el tipo, el nivel de imprudencia de la conducta de la víctima influirá en determinar si el hecho provocado por el justiciable varía entre grave, leve o viceversa. (Cerezo Mir, 2014, pág. 496)

Por otro lado, es clave destacar que se puede excluir la imputación del resultado aun cuando la infracción penal ha elevado el riesgo permitido en los siguientes casos: Dos ciclistas van en bicicleta uno tras otro en la oscuridad, ninguno de los dos lleva puesto luces en la parte frontal de sus vehículos, por lo que el primero mientras avanzaba por la carretera choca de frente con otro ciclista que venía en dirección contraria. En este caso, el percance se habría evitado si por lo menos uno de los dos ciclistas hubiera llevado balizas en sus bicicletas a efectos de iluminar y visualizar el camino por donde iban transitando. En un segundo ejemplo ponemos el caso de una paciente, a quien se le extrae dos piezas dentales por parte de un odontólogo. Previo a la intervención, la mujer comunica al dentista que sufre de problemas cardíacos; sin embargo, el profesional no



creo necesario ordenar un examen médico a fin de confirmar lo aseverado por la paciente y cumplir de esta manera con el cuidado y la diligencia debida. En la intervención la mujer fallece producto de un infarto. (Roxin, 1997, pág. 116)

Aunque supongamos que, aun contando con el examen médico requerido, el problema del corazón de todas formas no se hubiera podido detectar, por lo que la paciente no habría muerto posiblemente en el momento de la intervención sino tiempo después por la demora en la obtención de este diagnóstico. En el primer ejemplo, observamos que ambos ciclistas han incrementado el riesgo de tener un accidente, por la omisión de contar con luces adecuadas que iluminen su camino por el que transitaban en la noche. En el segundo ejemplo, al no contar el odontólogo con aquel examen el cual era necesario antes de practicar la extracción de las piezas dentales a la paciente, aquello conlleva a una precipitada y riesgosa intervención para la vida del sujeto pasivo de la infracción. Analizado como está el hecho factico de las dos situaciones, se puede deducir que no sería posible imputar el resultado ocasionado al autor del hecho en el primer caso, porque el acto de iluminar tiende a evitar accidentes en las bicicletas con las que circulan y no a impedir impactos entre las mismas con otros pedalistas. (Roxin, 1997, pág. 117)

En el segundo caso, el hecho de haber tenido o no que pedir la intervención de otro profesional en la rama médica, a fin de retrasar la intervención prevista y con ello mantener con vida más tiempo al paciente, no sirve para que no se realice el peligro que pretendía impedir la norma de cuidado vulnerada por lo que siendo así, la imputación del resultado en ambos casos no puede llegar a efectivizarse. La conducta que eleva el riesgo permitido y que lesiona la norma de cuidado en una situación concreta debe por tanto



provocar efectos causales en el resultado. No obstante, aun cuando ciertos casos guarden una relación de adecuación con el riesgo prohibido como los que acabamos de analizar se puede excluir la imputación del resultado, debido a que los desenlaces ocasionados en los tipos de conducta llevados a colación no constituyen el fin de protección de la norma sino tan solo son un reflejo del deber objetivo de cuidado. (Roxin, 1997, págs. 117-118)

1.3 AUTO PUESTA EN PELIGRO.

En este subtema mi interés es no limitarme solo a analizar y esgrimir sobre el principio de auto responsabilidad, pues resultaría muy simple, lógico y evidente hacerlo, es así que el enfoque que tendrá este subtema será el de delimitar la auto puesta en peligro con la autoría mediata, teniendo a la víctima como instrumento de ejecución por un tercer participante quien actúa en detrimento del bien jurídico protegido del sujeto pasivo del delito.

Como antecedente, tenemos claro que cada persona asume un riesgo personal por cada una de las conductas y decisiones adoptadas en los diferentes ámbitos de su vida; sin embargo, la auto puesta en peligro se concreta y se afianza como tal, cuando el propio titular del bien jurídico acepta que su derecho sea conculcado o lesionado. En estos casos, no cabría entonces imputar objetivamente por el resultado acaecido al individuo que con su acción provoco una consecuencia deseada por quien asumió por voluntad propia auto ponerse en riesgo, ya que el desenlace de esta circunstancia se encontraba dentro del marco de posibilidades a ser vislumbrado posteriormente. La diferencia con la puesta en peligro de un tercero radica en que la víctima queda a merced de las acciones y decisiones de alguien ajeno a su persona, lo que impide al sujeto pasivo de la infracción poder prever,

controlar e interrumpir el riesgo generado por otra persona. (Vasquez Cevallos, 2016, pág. 108)

Como lo mencione al inicio de este apartado, el objetivo de este subtema es ir diferenciando y a su vez delimitando las características entre la auto puesta en peligro consentida en primer plano y la auto lesión por tercero consentida en segundo plano. La finalidad es conocer en qué casos una tercera persona llega a instrumentalizar a la víctima para que cometa actos que vayan en perjuicio de su bien jurídico vida o integridad física, para luego atribuir si es el caso el grado de autoría y de responsabilidad penal al tercero por el resultado imprudente lesivo o mortal ocasionado en esta circunstancia por la propia víctima. Considerando que la auto puesta en peligro, auto lesión, y la participación de un tercero en este tipo de accionar llevado a cabo por la víctima son atípicas en virtud del principio de accesoriedad limitada, sin perjuicio de aquello se establece que la conducta de la persona de atrás para que sea punible de haber generado un desvalor de resultado, debe categorizarse como representativa y encuadrarse dentro de la autoría en un delito de lesiones o de homicidio. (De Oliveira Monteiro, 2013, págs. 556-557)

Hay que tomar en cuenta que el victimario cuando comete un delito de homicidio imprudente o un delito de lesiones sirviéndose de la víctima como instrumento para dicho fin lo puede realizar de varias formas, ya sea de manera inmediata, en coautoría o de forma mediata. En cuanto a la auto lesión, se dice que es atípica cuando la conducta de la víctima infringe contra sí misma un daño de manera libre y voluntaria; sin embargo, puede ocurrir que se produzca un resultado más grave de lo previsto por la persona que atenta contra sí misma, configurándose aquello como una auto puesta en peligro con una consecuencia más grave de la que se había pretendido por la realización de una conducta

imprudente. De este modo, como es obvio se deduce que es imposible imputar una responsabilidad accesoria a un tercero en la auto lesión llevada a cabo por la propia víctima y que repercute después en una muerte jamás pensada (De Oliveira Monteiro, 2013, pág. 559)

Por lo visto, la única manera para que pueda ser un tercero sometido a un juicio de imputación en los casos de auto lesión y de resultado más grave de lo imaginado por la víctima, es que haya participado en el desencadenamiento de aquello en grado de autor; es decir, el tercer partícipe tiene que haber jugado el rol principal mediante la puesta en práctica de un hecho temerario e imprudente que determino poner en jaque la vida de la víctima. (De Oliveira Monteiro, 2013, pág. 560). Hasta aquí hemos hablado de situaciones de carácter voluntario en los que el protagonista de su propia suerte ha sido la víctima, ya sea por auto ponerse en peligro o por exacerbar aquel riesgo producido que da lugar a un resultado inesperado. Pasamos entonces a analizar las circunstancias en las que la víctima es influenciada e instrumentalizada por la persona de atrás o tercer interviniente en la realización de la conducta de riesgo y de lesión. Atendiendo a esto nos surge la interrogante ¿Cuándo se configura la instrumentalización de la víctima?

La instrumentalización de la víctima se da cuando la misma es coaccionada, amenazada o engañada por un tercer interviniente para auto ponerse en peligro, conllevando luego a la concretización del resultado típico. El hecho de mediar una conducta ex ante de este tipo por parte de una persona ajena a la víctima, repercute para que ex post se configure la vulneración del derecho protegido de la víctima, por haber sido influenciada en la realización de la conducta de riesgo. Cancio Mellia afirma que se excluye la responsabilidad de la víctima en la auto puesta en peligro cuando esta es

inducida por un tercero a someterse a una situación de peligro, lo que produce un consentimiento viciado en los casos de engaño, por existir defectos en la cognosibilidad de la víctima. Mientras que para Frisch lo que interesa para poder atribuir o no el resultado lesivo a la víctima, es determinar los límites de responsabilidad de la misma en la auto puesta en peligro, en cuanto a la capacidad que tuvo para protegerse, a fin de verificar si coadyuvo o no a través de su comportamiento a desencadenar el hecho típico. (De Oliveira Monteiro, 2013, págs. 560-561)

Frisch además sostiene que es requisito *sine quanon* a fin de imputar responsabilidades, analizar si la víctima fue engañada o inducida a error por el autor mediato, o si por el contrario actuó de forma inconsciente en la realización de una conducta imprudente que ocasiono por error el daño a su bien jurídico protegido. De manera que para que la persona de atrás o tercer interviniente pueda hacerse acreedor al juicio de imputación por haber favorecido a que la víctima se auto lesione, se exige la concurrencia de tres requisitos indispensables, como son:

1. *Coacción*
2. *Engaño*
3. *Inimputabilidad o semi imputabilidad de la victima*

Por otro lado, los requisitos que deben mediar para que no se pueda atribuir la concurrencia del resultado típico a la persona de atrás sino a la víctima, son los que a continuación se detallan:

1. *Responsabilidad de la victima*
2. *Inconciencia e imprudencia de la victima*

3. *Que el tercer interviniente no sea garante de la vida e integridad física de la víctima, a efectos de impedir que se autolesione. (De Oliveira Monteiro, 2013, pág. 561)*

1.4 PRINCIPIO DE CONFIANZA.

La importancia de este principio radica como dice Berner en “cargar algo objetivo en la cuenta del sujeto” (Zaffaroni et al, 2017, pág. 262) dicho en otras palabras, la sociedad actual se rige en base a la distribución de roles que cada persona asume para desarrollar y potenciar sus aptitudes y capacidades en torno a las actividades que realizan en su quehacer diario. Es por esto que el desempeño del sujeto en el ejercicio de la profesión médica debe estar dotado de un absoluto conocimiento, responsabilidad y respeto al deber objetivo de cuidado, a fin de que, en cada procedimiento, en cada diagnóstico, en cada intervención quirúrgica se vea plasmado el estricto apego a las normas, manuales, reglas y lex artis aplicables, por parte de todos y cada uno de los profesionales de la medicina.

El problema radica cuando la confianza depositada en la persona a quien le correspondía cumplir con una determinada función se ve minimizada por decirlo menos, por faltar a cualquiera de las reglas de procedimiento establecidas para el caso en concreto. Es así que Vélez Fernández, en este mismo sentido, sostiene que: “la figura del principio de confianza (...) impera el reparto de trabajo y funciones (...)” (Zaffaroni et al, 2017, pág. 262). En efecto, el incumplimiento de los roles asignados por las razones que acabamos de ver implica una omisión flagrante al principio de confianza lo que repercute no solo en el bien jurídico protegido de la víctima, sino también en el detrimento de la relación personal y profesional del grupo de personas actuantes en ese momento, ya que por lo general y en la mayoría de los casos el no aceptar la responsabilidad y por ende

la culpabilidad en el error cometido, lleva a acusaciones mutuas entre los intervinientes del procedimiento desarrollado, ejm intervenciones quirúrgicas y afines.

El principio de confianza, se traduce entonces en la cooperación mutua y eficaz que debe existir no solo desde el inicio y final de una intervención, sino también en el transcurso del post operatorio (si es el caso) a fin de lograr el resultado deseado por el paciente y por el médico tratante. En esta misma línea, Jakobs afirma que: “cuando el comportamiento humano se entrelaza, no forma parte del rol del ciudadano controlar de manera permanente a los demás; de otro modo no sería posible la división del trabajo” (Zaffaroni et al, 2017, págs. 262-263) Como vemos, el principio de confianza abarca una estrecha relación entre la cabeza del equipo y sus subalternos y viceversa, pero pienso que más que aquello, se trata de una coordinación exacta y armónica entre cada una de las funciones del equipo de trabajo.

De lo analizado hasta ahora, resulta interesante plantear la siguiente interrogante ¿En qué momento se enerva el principio de confianza? La respuesta a esta interrogante a mi modo de ver seria la que a continuación se detalla: la confianza que se brinda a la persona para que cumpla con el rol para el cual fue asignado, se resquebraja cuando del cometimiento de la infracción perpetrada por imprudencia, se evidencia la existencia de un infractor específico cuya responsabilidad en el hecho cometido está dirigida única y exclusivamente sobre él, luego de haberse realizado una valoración exhaustiva de todas las circunstancias que envolvieron al ilícito y de las cuales se llegue a la conclusión que el único responsable del hecho y sobre quien pesara el juicio de imputación objetiva es ese único infractor. (Zaffaroni et al, 2017, pág. 263)

Como podemos apreciar, el principio de confianza se rige sobre la base del respeto y sujeción al deber objetivo de cuidado, por lo que para otorgarlo hacia otra persona y confiar en que su desenvolvimiento, actuación y desempeño será el adecuado, primero se tiene que cumplir con las obligaciones y deberes propios e inherentes a la función que se está emprendiendo en beneficio del bien jurídico que se tiene al frente y del cual se es garante. En virtud de esto, sería ilógico pensar que la persona que hace caso omiso a su función y deber de garante en una situación determinada, quiera acogerse al principio de confianza para evadir su responsabilidad o peor aún creer y estar seguro que los demás subsanaran aquella omisión y realizaran su trabajo de manera diligente y correcta. (Zaffaroni et al, 2017, págs. 263-264)

En cambio, cuando la producción del resultado se concretiza a causa de una conducta inapropiada no solo por parte del primer interviniente sino también de un tercero, se debe dejar de remitirse al principio de confianza para descubrir a quien pertenece la conducta lesiva, por lo que se tiene que buscar dentro de los postulados referentes al riesgo y a la ampliación del riesgo a la o las conductas que pusieron en vilo la vida o integridad física del sujeto pasivo de la infracción. En suma, para imputar objetivamente la conducta imprudente por la producción del desenlace ocurrido, es imperioso verificar los requisitos que comprende la teoría de la imputación objetiva, para posteriormente hacer lo que en derecho y en doctrina corresponda. (Zaffaroni et al, 2017, pág. 264)

En este mismo sentido y para evitar que el principio de confianza sufra un retroceso, se debe tomar en consideración que si una persona está llamada a vigilar, supervisar y verificar el comportamiento de un tercero para asegurar que su conducta está siendo la adecuada, se origina una derogatoria de los verbos citados en relación a este principio,

debido a que el mismo resulta por decirlo así incompatible con las tareas de controlar la acción que está siendo desplegada por el resto, por lo que se asume que la confianza debe ser el significado de la seguridad plena hacia los demás intervinientes para que se configure de esa forma, no siendo necesario entonces supervisión alguna en el trabajo que ejercen cada uno de los otros participantes. Es por esta razón que el principio de confianza puede no ser congruente y compatible con la asignación de determinadas conductas y roles sociales. (Zaffaroni et al, 2017, págs. 264-265)

El principio de confianza analizado desde el enfoque de una actuación conjunta con división de trabajo en el campo de la actuación médica, implica que los médicos especialistas confíen en la labor libre de errores de los otros especialistas que integran el equipo de operaciones. Por otro lado, hay que diferenciar y dejar en claro que si el médico principal del equipo intervencionista no cuenta con personal experto y bien entrenado en la función para la cual fueron elegidos, está obligado a corregir las equivocaciones visibles en que puedan caer sus subalternos. En este caso el médico que dirige la intervención médica está llamado a efectuar a más de sus deberes y obligaciones personales una tarea de vigilancia y control especial con los médicos que no cuentan con la suficiente preparación en cuanto a experiencia y conocimientos por ser todavía inexpertos en su área profesional. Frente a esto y con la finalidad de proteger y poner a buen recaudo la vida e integridad del paciente, al médico que comanda el equipo en este tipo de intervenciones se le tiene que imponer únicamente las funciones de control y vigilancia que pueda manejar con total solvencia sin desatender obviamente su desempeño en su labor principal. (Roxin, 1997, págs. 173-174)

CAPÍTULO II

EL CASO FORTUITO COMO CAUSA DE EXCEPCIÓN PENAL

2.1 IMPRUDENCIA, CONCEPTO DE CASO FORTUITO Y SU RESULTADO.

En este capítulo analizaremos si la imputación que se realiza en contra del sujeto activo de la infracción imprudente que devino luego en un desvalor de resultado puede ser desvanecida e impedida de ejercerla, cuando exista la concurrencia de una eximente de responsabilidad penal como lo es el caso fortuito, pero más allá de esto nos centraremos en determinar cuáles deben ser los factores específicos que tienen que envolver al hecho cometido para que pueda ser establecido e identificado como un caso fortuito. Para esto es necesario estudiar a fondo el deber objetivo de cuidado con el que debe actuar el galeno en el desempeño de su actividad profesional y de esta forma evaluar los parámetros de actuación y de diligencia debida no solo individual sino grupal con los que se llevó a cabo la intervención médica.

Si partimos que la característica elemental del delito imprudente es la forma en cómo se realizó o se dejó de realizar la acción para originar a posteriori un resultado determinado, nos lleva a deducir entonces que es imprescindible saber a ciencia cierta y sin margen de error quien o quienes actuaron de manera diligente y por el contrario identificar a quienes no lo hicieron para poder imputar objetivamente el resultado reprochable a quien omitió adecuar su comportamiento al cuidado y diligencia debida. Observamos entonces que el deber objetivo de cuidado es sinónimo de la debida diligencia, constituyéndose así este en el elemento *sine quanom* sin el cual el delito imprudente no se podría configurar como una acción no dolosa. (Muñoz Conde & Garcia Aran, 2015, pág. 302).

Aquello nos conduce a plantearnos algunas interrogantes que ya las había advertido en las primeras líneas del primer párrafo de este capítulo, y que son, ¿Cuál es la esencia y las cualidades del delito imprudente? y, sobre todo, ¿Cuándo se puede imputar objetivamente al dueño de la acción por la comisión de un delito imprudente? (Muñoz Conde & Garcia Aran, 2015, págs. 303-304)

Para responder a estas preguntas nos tenemos que remitir a dos componentes básicos que integran el delito imprudente y que son:

- La conducta típica imprudente y;
- El resultado derivado por la acción realizada

Para analizar el primer componente del injusto imprudente como es la conducta típica en relación con la lesión del deber de cuidado, hay que destacar que al ser los delitos imprudentes tipos penales abiertos; es decir normas en las que no se especifica con claridad por parte del legislador en que consiste exactamente el comportamiento delictivo al momento de su tipificación en la ley, se requiere tomar como referencia principal el deber de cuidado desde el punto de vista objetivo. Es por esta razón que el eje central al que hay que remitirse para conocer cuándo se ha lesionado al deber de cuidado, es examinar y comparar entre la conducta realizada con la que debió haber sido puesta en práctica frente a un bien jurídico tutelado. (Muñoz Conde & Garcia Aran, 2015, pág. 304)

Por otro lado, hay que tener presente que el juicio de reproche que se realiza en contra de los delitos imprudentes recae sobre dos elementos principales que conforman este tipo de injusto, y que son: En primer lugar, la forma de realización de la conducta y en segundo plano, la selección de los medios con los que conto el infractor para ejecutar la acción

típica. En la doctrina se establece que la tipificación de los delitos imprudentes tiene como objetivo llamar la atención de la sociedad en general, para que cuando se proceda a ejecutar conductas riesgosas que puedan lesionar un bien jurídico del cual se es garante, desempeñen su labor con el mayor cuidado, atención y diligencia posible. De este modo hay que resaltar que el primer componente esencial del cuidado objetivo es la previsibilidad; es decir, la capacidad con la que debe contar toda persona que ejecuta una acción, para que pueda prever un posible resultado dañoso por la manera en que lleva a cabo su conducta. (Muñoz Conde & Garcia Aran, 2015, págs. 304-305)

La falta de previsión sin embargo no es suficiente para que se haga posible imputar objetivamente a una acción, por la siguiente reflexión: El conductor que realiza su trayecto para llegar a su lugar de destino en una vía repleta de tráfico, es por su naturaleza misma una situación que podría acarrear algún tipo de accidente de tránsito, no obstante resulta inapropiado por así decirlo, definir a esta situación en particular como imprudente porque nadie sale a la calle con la única misión de atropellar personas y causar su muerte. Por lo que para que la acción de conducir sea catalogada como una actividad temeraria y peligrosa, el conductor tiene que incurrir en alguna falta u omisión grave que dé lugar a la desatención e inobservancia del deber de cuidado, en este caso infringir normas y reglamentos de la ley de tránsito. En cambio, en el caso del ejercicio profesional del médico y al igual que en el caso del conductor, el galeno no solo deberá haber inadvertido la previsibilidad del resultado de una determinada intervención, sino que además tendrá que haber desobedecido la denominada *lex artis* para poder ser sujeto a un juicio de imputación objetiva. (Muñoz Conde & Garcia Aran, 2015, pág. 305)

De lo anotado, hemos visto y tratado hasta ahora que, según la teoría de la imputación objetiva, el delito imprudente es el reflejo del incremento del riesgo permitido en relación con el fin de protección de la norma, que posibilita evidenciar si ha existido un quebrantamiento del nivel de diligencia, de razonabilidad debida y del principio de confianza. Sin embargo, para que una conducta sea llamada e identificada como imprudente necesita haber inobservado las reglas de cuidado debido, pero acoplándola e individualizándola al caso concreto, sino la acción no podrá constituirse más que en un simple indicio. Hay que considerar además que la imprudencia no solo está conformada por un tipo objetivo sino también por uno subjetivo, el cual tiene que ver con la capacidad, los conocimientos, la previsibilidad y experiencia del sujeto. Todas estas cualidades sirven en un momento dado, para evaluar si la conducta del agente estuvo o no apegada a sus deberes profesionales y a la diligencia debida, para luego establecer si la acción ha sido o no imprudente. (Muñoz Conde & Garcia Aran, 2015, págs. 305-306-307)

Sin embargo, ¿cuándo un acto imprudente por naturaleza puede convertirse en una conducta prudente? La doctrina pone de manifiesto un caso singular de tránsito, en el que personalmente me sucede a diario y creo que también a la mayoría de conductores en general, y es que cuando uno conduce por la calzada y observa que frente a nosotros se encuentra interrumpiendo el paso transeúnte, animales, etc., por regla general y para no ocasionar un accidente tenemos que esquivarlos pasándonos de carril e invadiendo la vía contraria por un momento a fin de evitar atropellarlos. En este caso vemos que al cambiarnos intempestivamente de camino es per se un acto imprudente y violatorio a las leyes de tránsito, no obstante, al mismo tiempo lo vuelve un comportamiento prudente en virtud de las circunstancias que presenta el caso en concreto. (Muñoz Conde & Garcia Aran, 2015, pág. 307). Como comentario al ejemplo de tránsito expuesto, puedo acotar

que, si el conductor continúa su camino por el carril contrario, convirtiendo su accionar en una actividad temeraria y peligrosa y sin justificación ni eximente alguna, es cuando su conducta se transforma en imprudente debido a que lesiona como habíamos visto el deber objetivo de cuidado, al poner en peligro su vida y la vida de quien viene conduciendo frontalmente del otro lado de la carretera.

Al hablar de la concurrencia de una acción que ha contravenido el cuidado objetivo y que además ha afectado a un bien jurídico tutelado, reúne el requisito principal para que una conducta en un caso particular se convierta en imprudente y por tanto en típica. Una cuestión además que me parece interesante subrayar en este párrafo y que hace alusión a la infracción del deber subjetivo de cuidado es que esta trasgresión no solo ayuda a establecer la imprudencia del acto, sino también ayuda a establecer el nivel de gravedad del mismo, graduándolo entre grave, menos grave y leve, dependiendo del mayor o menor grado de lesión al deber de cuidado. La imprudencia grave es aquella que vulnera en gran medida las reglas básicas y elementales que debió haber previsto el sujeto activo de la infracción en el ejercicio de una actividad. En la imprudencia menos grave, como su nombre lo indica la omisión del cuidado debido frente a la conducta realizada es menor, sin embargo; no por eso deja de ser exonerada de sanción. La imprudencia leve es atípica por cuanto no está establecida en la ley, aunque puede dar lugar a responsabilidades de carácter civil. (Muñoz Conde & Garcia Aran, 2015, pág. 308)

En cuanto a la imprudencia consiente e inconsciente podemos manifestar que no tienen relación alguna con el nivel de gravedad de la imprudencia, en vista de que la inconciencia implica que el sujeto activo no asimilo la peligrosidad de su conducta por haberse despreocupado o tomado a la ligera la actividad que estaba realizando. Mientras que en

la imprudencia consciente el agente sabe muy bien lo que está haciendo, sin embargo, asume el riesgo de continuar conociendo las consecuencias que pueden desencadenar su comportamiento, confiando de esta forma en poder controlar el peligro que está creando con total y absoluta claridad de pensamiento y conciencia. (Muñoz Conde & García Aran, 2015, pág. 308).

Como vemos, mientras más preparación y conocimientos tenga una persona en su ámbito de desempeño profesional, mayor tendrá que ser su deber de debida diligencia frente al bien jurídico que está en sus manos. Por lo que una vez más nos ratificamos en que para adecuar un comportamiento como imprudente y como prueba irrefutable de que se ha ignorado la parte objetiva y subjetiva que debió haber tenido la conducta, se tendrá además como lo habíamos explicado que cotejarla e individualizarla en apego a las circunstancias del caso y a los conocimientos del sujeto actuante, a fin de establecer con absoluta precisión la presunta imprudencia de la acción.

El principio de legalidad pone de manifiesto que solo las conductas (dolosas como imprudentes) que están expresamente señaladas en la ley penal como delitos pueden ser sujetas a una sanción penal. Por otro lado, el principio de mínima intervención penal establece que solo las conductas que hayan generado una imprudencia grave y también una menos grave que den como resultado una lesión y un daño a un derecho protegido de gran relevancia social como la vida, integridad física, derechos patrimoniales etc., y que no tengan la posibilidad de ser sancionadas mediante una vía diferente al ámbito penal, tienen que ser coaccionadas mediante las reglas del derecho penal. Para que la imprudencia sea merecedora de ser reprimida penalmente tiene que cumplir con el elemento objetivo y subjetivo del tipo penal. Ambos elementos tienen que cumplirse en

la consumación del hecho para que este sea susceptible de ser sometido a una pena proporcional de acuerdo con la gravedad del delito perpetrado. (Muñoz Conde & Garcia Aran, 2015, págs. 312-313)

Hay que tener en cuenta además que para la imposición de la sanción repercute más la gravedad del hecho ocasionado que el resultado mismo de la conducta. (Muñoz Conde & Garcia Aran, 2015, pág. 313). Esto me parece comprensible si tomamos en consideración el caso por ejemplo de la tentativa de homicidio o de secuestro. En estos supuestos de hecho observamos que aunque no haya habido ninguna consecuencia que lamentar para el bien jurídico vida o integridad física del sujeto pasivo de la infracción, por no haberse llegado a consumir la infracción deseada por el sujeto activo del ilícito debido a una circunstancia ajena a la voluntad del infractor. Es obvio, percatarse que la conducta llevada a cabo por el agente es causa de una conmoción social que ha puesto en zozobra no solo a las víctimas sino a una colectividad en general, por lo tanto, la graduación e imposición de la pena en estos tipos de comportamientos dependerá más de la gravedad de la acción que del resultado que se llegue a producir.

Es necesario acotar que las penas impuestas a los delitos imprudentes como son los que se desarrollan en el tráfico vehicular, en la tenencia de armas y en el ejercicio de una profesión, arte u oficio no solo llevan consigo sanciones privativas de libertad, sino también sanciones de inhabilitación al autor del hecho para ejercer su derecho a conducir, a portar armas y a practicar su profesión por un tiempo determinado. (Muñoz Conde & Garcia Aran, 2015, pág. 313)

El caso fortuito visto como una forma de exclusión de responsabilidad penal se sostiene sobre el fundamento de que las dos únicas formas de imputación penal se las realiza en contra de los delitos dolosos e imprudentes, los cuales conforman el elemento subjetivo del tipo penal en base a su intencionalidad o no de causar daño a un bien jurídico protegido. Por tanto, si una conducta se aleja de los elementos del tipo subjetivo que acabamos de señalar, simplemente no tendrá efecto jurídico en el espectro del derecho penal y menos en el ámbito de lo penalmente relevante. Desde el punto de vista de la función motivadora de la norma penal se prohíbe únicamente aquellos comportamientos en los que se hagan presentes el dolo o la imprudencia, caso contrario se deberá estimar y poner en evidencia el surgimiento de una conducta sobrevenida por un caso fortuito, la cual como hemos podido apreciar quedara exenta de cualquier responsabilidad penal debido a que no forma parte de un hecho típicamente relevante. (Muñoz Conde & García Aran, 2015, págs. 313-314)

La función motivadora de la norma penal advierte a la ciudadanía en general de abstenerse de llevar a cabo conductas previsibles y evitables y que pongan en riesgo bienes jurídicos tutelados por el derecho penal. Así mismo y como lo habíamos expresado en el párrafo anterior esta función es la responsable de eximir de responsabilidad penal a comportamientos derivados de procesos causales ajenos a conductas penalmente relevantes. Sin embargo, hay que señalar que existe una tercera fuente de imputación penal diferente a la dolosa e imprudente como lo es la responsabilidad por el resultado. Según esta tercera fuente, originada desde el Derecho Canónico Medieval es suficiente dar inicio a la ejecución de un acto ilícito sea doloso o imprudente para hacer responsable del resultado acaecido a su autor, aunque aquella consecuencia haya sido fruto de un hecho fortuito, distanciado completamente de la previsibilidad, de la evitabilidad y la

finalidad que tenía el autor al ejecutar su comportamiento. (Muñoz Conde & Garcia Aran, 2015, pág. 314)

Si bien es cierto, la doctrina española suprimió los delitos cualificados por el resultado para dar paso a lo que se conoce como reglas generales del concurso de delitos, ilícitos predominantemente de carácter imprudente, alejados de cualquier tipo de circunstancia fortuita como la muerte por abandono del menor. Como vemos, el código penal español sanciona conductas que como la anterior generen un resultado imprudente y a si mismo agrava la pena cuando se trate de acciones como por ejemplo atentados terroristas que generen la muerte de un sin número de personas. (Muñoz Conde & Garcia Aran, 2015, págs. 314-315)

De lo planteado, entendemos que el caso fortuito es sinónimo de una acción ajena al dolo o a la imprudencia, por tanto, se constituye en una causa de exclusión de culpabilidad al no ser un acto idóneo de ser sujeto a ninguna pena o sanción por estar fuera de la esfera de lo típicamente relevante. Si consideramos que tanto el dolo como la imprudencia conforman el elemento subjetivo de un tipo de injusto, es lógico establecer que su ausencia implica la exclusión del daño o de la lesión producida de manera fortuita. Sin embargo, cuando nos surja la inquietud de cómo delimitar lo fortuito de una acción llevada a cabo con voluntad y deseo de conseguir un resultado determinado, debemos esclarecerla obedeciendo al hecho de comprobar si la acción ejecutada se encuentra dentro del ámbito o de la esfera del riesgo permitido. Como apreciamos, lo fortuito va de la mano con el riesgo permitido al momento de llevar a cabo una acción que pudiera por a o b razón como la imprevisibilidad e inevitabilidad causar un daño a un bien jurídico protegido. (Muñoz Conde & Garcia Aran, 2015, pág. 315)

2.2 LA REGULACIÓN DEL CASO FORTUITO EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL.

Como hemos estudiado hasta ahora, para que exista una eximente de responsabilidad penal, como es el caso fortuito debe demostrarse que el profesional de la salud en el ejercicio de su actividad no pudo prever, evitar, ni controlar el daño causado a un bien jurídico protegido. En la doctrina, se establece que estos hechos quedaran exonerados de responsabilidad cuando se acredite que aquellos actos fueron producto de circunstancias irresistibles, inevitables e imprevisibles para el autor del hecho factico. (Andrade Barrera, 2016, pág. pag. 171)

Para hablar de caso fortuito en el homicidio culposo por mala práctica profesional, tenemos que analizar en primera instancia el contenido del artículo en el que se tipifica este delito, para luego ir delimitando y entendiendo porque causas se puede dar la muerte de una persona y si en el transcurso de este análisis encontramos que el deceso de un ser humano también puede ser ocasionado por un caso fortuito, tendremos que estudiar a fondo la manera en cómo se realizó el acto y el procedimiento individual o en conjunto si es el caso, para poder conocer si aquella acción se encuadra o no dentro de esta eximente de responsabilidad penal.

Hay que comenzar definiendo que este tipo de delito se define como el hecho de causar la muerte de una persona por culpa o negligencia. Es imperioso tomar en consideración que el eje central donde reside la responsabilidad penal de una persona en la conducta culposa, se llama infracción al deber objetivo de cuidado. Vayamos ahora a lo que dispone el art. 146 del Código Orgánico Integral Penal, esto es el Homicidio culposo por mala práctica profesional, en el cual se sanciona con una pena de uno a tres años a quien

produzca la muerte de una persona por vulnerar el deber objetivo de cuidado. Mientras que la pena aumenta de tres a cinco años cuando se cause su fallecimiento, por haber infringido aquel deber de cuidado más la presencia en el hecho factico de acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas. (Andrade Barrera, 2016, págs. 180-181)

En el numeral uno del artículo en mención dice: “Para la determinación de la infracción al deber objetivo de cuidado deberá concurrir lo siguiente: La mera producción del resultado no configura infracción al deber objetivo de cuidado”². Atendiendo este numeral y tomando como antecedente que anteriormente se pensaba que el resultado de una acción estaba compuesto única y exclusivamente por la culpa, dejando de lado y omitiendo por completo la concurrencia de la intencionalidad y la voluntariedad de un acto, dejaba entrever que el resultado de aquella acción debía ser penado por lo menos como un hecho culposo. Actualmente, el Coip en este numeral prescribe la llamada teoría de la responsabilidad por el resultado objetivo, que lo que propone es comprender que no es suficiente con el hecho de asumir que se ha violentado el deber objetivo de cuidado solo por el resultado acontecido, pues la teoría de la imputación objetiva nos obliga a ir hoy en día a ver más allá de lo evidente y de lo pura y meramente causal. (Andrade Barrera, 2016, pág. 181)

En el numeral dos del mismo cuerpo legal, establece lo siguiente: “La inobservancia de leyes, reglamentos, ordenanzas, manuales, reglas, técnicas o *lex artis*, aplicables a la profesión”³ Es decir, el apego que debe tener el profesional de la medicina en su quehacer diario a todo cuanto sea concerniente a las normas con las que está obligado a ejercer su

² Código Orgánico Integral Penal, numeral 1, art. 146

³ Código Orgánico Integral Penal, numeral 2, art. 146

labor, poniéndolas en práctica en cada intervención, en cada diagnóstico, a fin de velar íntegramente por la vida y la salud del paciente.

En el numeral tres, se entiende que el resultado tiene que provenir directamente de una falta u omisión al deber objetivo de cuidado; es decir haber actuado sin sujeción a los protocolos médicos establecidos y probarse que únicamente aquella falta y no otra fue la causante de la producción del resultado ocasionado. Es necesario que se pueda probar que la consecuencia del acto llevado a cabo no provenga de un caso fortuito o de otras circunstancias como por ejemplo cuando ocurre un accidente de tránsito en el que es transportado un herido de gravedad o cuando el paciente no hace caso a las indicaciones del médico en el post operatorio. Estas son solo algunas de las situaciones en las que el profesional de la salud no tendría responsabilidad alguna por lo que le pueda ocurrir en lo posterior con el paciente. (Andrade Barrera, 2016, pág. 182)

En el numeral cuatro, se establece que la vulneración del deber objetivo de cuidado debe ser analizado caso por caso, teniendo como base principal de la actuación del profesional en cuestión la debida diligencia y su nivel de conocimiento y grado de formación profesional. No solo en teoría se debe entender y asumir que el profesional que más conoce y experiencia tiene sobre una determinada rama del conocimiento, es a quien se le exigirá además en la práctica actuar con extrema diligencia y cuidado debido para obtener resultados satisfactorios. En el caso de que un profesional de la salud tenga que recibir a un paciente en estado crítico se vuelve urgente atenderlo de inmediato y lo más rápido posible, porque en casos como este cada segundo cuenta a fin de salvar la vida de aquella persona, pues caso contrario es fácilmente previsible una consecuencia fatal, por

la cual tendrá que responsabilizarse el médico que estuvo a cargo de la atención de aquel paciente. (Andrade Barrera, 2016, pág. 182)

Es así que, haciendo una descripción literal a este numeral establece lo siguiente: “Se analizara en cada caso la diligencia, el grado de formación profesional, las condiciones objetivas, la previsibilidad y evitabilidad del hecho.”⁴ Como vemos, si luego de analizar la forma en que actuó el profesional de la salud; es decir si lo hizo o no apegado a la *lex artis*, su nivel de conocimiento, experiencia, el lugar, los instrumentos, la medicación, la tecnología que se utilizó, la experticia de su equipo de trabajo, así como la posibilidad de haber podido evitar o no y así mismo de prever o no un resultado desfavorable o fatal para el paciente, se podría colegir la presencia de un caso fortuito el mismo que depende de todas estas condiciones para que se establezca como una acción atípica, libre de cualquier sanción y responsabilidad penal para el autor del hecho.

Atendiendo nuevamente a lo que manifestábamos en el primer párrafo de este sub tema, en cuanto a la imprevisibilidad e irresistibilidad de un hecho para que se configure como un caso fortuito, el profesor Francesco Carrara sostiene que: para no caer en el ejercicio de un derecho punitivo aberrante se debe prestar atención a la previsibilidad de las posibles consecuencias que pueden desencadenarse en la realización de un hecho propio. En este sentido, y cuando el autor del presunto hecho factico ha desempeñado su actuación con conocimiento, con observancia de los reglamentos, con prudencia, cuidado, y diligencia, se entiende que ha actuado con esmero y precaución al haber puesto en práctica la norma y el deber objetivo de cuidado en el ejercicio de su profesión, arte u

⁴ Código Orgánico Integral Penal, art. 146, numeral 4

oficio para garantizar como es obvio la salvaguarda y protección de aquel bien jurídico del cual es garante. (Andrade Barrera, 2016, págs. 182-183)

A contrario sensu, todas aquellas acciones que ocasionan un resultado desfavorable, lesivo o dañoso hacia un bien jurídico protegido, cuando quien realiza la acción lo ha hecho con absoluta pericia, prudencia, cuidado, y cautela, como en el caso del profesional de la salud que para salvar la vida de una persona al efectuar una intervención quirúrgica se produce la muerte de aquel paciente. En este caso, si previo a verificar que el agente activo del presunto hecho ilícito ha cumplido a cabalidad con el deber objetivo de cuidado en el ejercicio de su labor profesional, la consecuencia desencadenada de aquella acción sin lugar a dudas carecería de tipicidad; es decir se convertiría en un hecho atípico, el cual no está descrito ni contemplado en la ley como una infracción penal por haberse cumplido con todo lo establecido en los manuales, concretizando de esta forma la llamada *lex artis*, por lo que el desenlace estaría exento de cualquier sanción y su autor de igual forma quedaría excluido de cualquier tipo de responsabilidad penal. (Andrade Barrera, 2016, págs. 184-185)

Para conocer como está regulado el caso fortuito en el Código Orgánico Integral Penal, es necesario primero definir como está prevista la culpa en su art. 27 y posteriormente analizar su relación de causalidad. “Actúa con culpa la persona que infringe el deber objetivo de cuidado, que personalmente le corresponde, produciendo un resultado dañoso. Esta conducta es punible cuando se encuentra tipificada como infracción en este código.”

⁵ es decir; si una persona actúa conforme a la norma de cuidado, pero sin embargo

⁵ Código Orgánico Integral Penal, art. 27

ocasiona un resultado lesivo o dañoso, mal podría establecerse que aquel individuo actuó con culpa.

Por lo que siendo así y de acuerdo a este contexto, aquel resultado al no ser producto de alguna omisión o negligencia del autor del hecho, este no tendría que ser merecedor de pena alguna al haber acoplado su comportamiento tal como estuvo reglado en los manuales, leyes y reglamentos de la *lex artis*. De esta forma, siendo coherente y siguiendo el análisis detallado y por menorizado de aquel suceso para verificar la causa del daño producido, se tendría que prestar atención seriamente en la existencia de un caso fortuito al no haberse podido prever, evitar ni tampoco resistir al hecho suscitado.

Para poder determinar la existencia de un caso fortuito, es imprescindible analizar si hubo o no una relación de causalidad en el acto humano desplegado, el cual debe tener una relación directa con la consecuencia o resultado ocasionado. De no ser así, el desenlace producido no podría ser incriminado al autor del hecho, en vista de la inexistencia de un vínculo causal que acredite y demuestre la responsabilidad penal de aquella persona. Es por esta razón que “En el caso de los errores médicos para ser incriminado judicialmente debe existir una relación causa – efecto (médico – daño o muerte), que debe ser directa, próxima y principal del resultado.” (Andrade Barrera, 2016, pág. 192)

Como podemos apreciar, no existe infracción si la muerte de la víctima se debe a su propia culpa o a la de un tercero cuando ha puesto en práctica todas y cada una de las precauciones que debían ser tomadas y adoptadas para el efecto. Por tanto, al autor de aquella acción no se lo podría imputar por mala práctica o negligencia en un caso médico

por no cumplir con los requisitos que aquel hecho requiere para llevar al presunto causante a los tribunales, a fin de que se le imponga su inhabilitación y sanción correspondiente. Siendo así, si no se logra demostrar la culpa del médico, el resultado reprochable o el daño ocasionado y su consecuente relación de causalidad entre lo uno y lo otro, podría haberse debido a la presencia de un caso fortuito. (Andrade Barrera, 2016, págs. 193-194)

Para hablar de la concurrencia de un caso fortuito y poder reafirmarlo o descartarlo se vuelve necesario también definir lo que se denomina como infracción penal. El Código Orgánico Integral Penal en su art. 18 lo define así: “Es la conducta típica, antijurídica y culpable cuya sanción se encuentra prevista en este código.”⁶ Para que sea posible imputar un determinado comportamiento a una persona, la conducta llevada a cabo debe cumplir con los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal. Es decir, la acción en cuestión debe haber superado el riesgo permitido al que estuvo limitada para poder ser objeto de una imputación objetiva del resultado por el desvalor de acción y resultado producidos. El tipo subjetivo en cambio hace referencia a la presencia o ausencia de la voluntariedad de causar el resultado lesivo en detrimento de un bien jurídico protegido. (Andrade Barrera, 2016, págs. 212-213)

En tanto que si el acto que trajo consigo aquel resultado, se plasmó en el marco de una relación médico – paciente, consentida y que desafortunadamente no se pudo prever, en vista de que solo lo que puede ser previsto puede ser exigido, no constituiría jurídicamente una acción contraria a derecho o antijurídica, por lo que tampoco sería culpable y menos aún sujeta a ninguna sanción, convirtiéndose así en una acción atípica por haber más bien

⁶ Código Orgánico Integral Penal, art. 27

reunido los requisitos que se requieren para configurarse como un caso fortuito. En este sentido es imprescindible analizar acuciosamente la relación de causalidad si la hubo por supuesto, ya que de no haber un nexo entre la acción y el resultado y si se comprueba que tampoco dicha acción género en ningún momento un peligro jurídicamente desaprobado del que se demuestre así mismo que no ha sido resultado de la acción ejercida, se debería entonces sin lugar a dudas pensar en la existencia de un potencial caso fortuito. (Andrade Barrera, 2016, pág. 214)

Teniendo en consideración que solamente las conductas culposas que han producido comportamientos imprudentes pueden ser sancionadas, exceptuando así y como hemos visto los casos fortuitos. Al respecto La Ley Orgánica de la Salud prevé lo que a continuación se detalla en los siguientes artículos:

“Art. 199.- Corresponde a la autoridad sanitaria nacional la investigación y sanción de la práctica ilegal, negligencia, impericia, imprudencia e inobservancia, en el ejercicio de las profesiones de la salud, sin perjuicio de la acción de la justicia ordinaria”⁷

“Art. 202.- Constituye infracción en el ejercicio de las profesiones de salud, todo acto individual e intransferible, no justificado, que genere daño en el paciente, y sea resultado de:

c) Imprudencia, en la actuación del profesional de la salud con omisión del cuidado o diligencia exigible”⁸

⁷ Ley Orgánica de Salud, art. 199

⁸ Ley Orgánica de Salud, art. 202, literal c



Hay que tener en cuenta que los casos fortuitos no solo pueden ser producto de un hecho humano sino también devenir de fenómenos naturales. Es así que un mismo hecho como por ejemplo un incendio tiene la posibilidad de ser al mismo tiempo un acto delictivo como un caso fortuito. Es decir, aquella acción se vuelve un hecho ilícito para la persona que lo haya provocado de forma voluntaria y en fortuita para aquel que siendo vecino de la víctima del incendio es también afectado de manera imprevisible e inevitable por la consumación del flagelo. (Andrade Barrera, 2016, págs. 232-233)

Al caso fortuito se lo ha involucrado con la aparición de fenómenos naturales que lo que han hecho ha sido provocar un daño, como por ejemplo una inundación, un temblor de tierra, o como en el caso antes expuesto, un incendio. Una palabra que define bien al caso fortuito es la imprevisibilidad del hecho que sobreviene a la ejecución del acto que se está realizando, pues como su nombre lo indica al ser un evento que no se puede prever antes del cometimiento de aquella acción, simplemente resulta como sostienen algunos autores en doctrina en una situación exoneratoria de responsabilidad penal a favor del ejecutor. Tal es así, que existe jurisprudencia que refleja que, en casos de daño accidental en temas de prácticas y tratamientos médicos, aunque hayan sido previsibles los resultados, pero de hecho inevitables, aquello da lugar a la eximición de responsabilidad médica siempre y cuando el riesgo de la intervención se mantenga bajo control de principio a fin. (Andrade Barrera, 2016, págs. 233-234)

Para descartar y al contrario confirmar un caso fortuito es indispensable analizar cuatro elementos de la prueba y que son: “el peritaje, la historia clínica, el consentimiento informado y en su caso, la autopsia.” (Andrade Barrera, 2016, pág. 246) Es por esto que como prevé el art. 455 del Código Orgánico Integral Penal, “la prueba y los elementos de



prueba deberán tener un nexo causal entre la infracción y la persona procesada.”⁹ de igual forma y en cuanto a la valoración el art. 457 del mismo cuerpo legal establece lo siguiente:

“La valoración de la prueba se hará teniendo en cuenta su legalidad, y técnica de los principios en que se fundamenten los informes periciales.”¹⁰

⁹ Código Orgánico Integral Penal, art. 455

¹⁰ Código Orgánico Integral Penal, art. 457

CAPÍTULO III

LA ATRIBUIBILIDAD PENAL

3.1 CONCEPTO DE COMPORTAMIENTO TÍPICO.

El comportamiento típico, es la realización de una conducta prohibida, la cual coloca inevitablemente en una situación de peligro a un bien jurídico protegido por el derecho penal. Por comportamiento se podría entender como la ejecución de una acción corporal, muscular, o también como la no puesta en marcha de ninguna acción. Si concibiéramos de esta forma al comportamiento sería posible encuadrarlo en criterios causalistas que lo que hacen es dar prioridad a la manera en cómo se lleva a cabo el riesgo prohibido en detrimento de un bien jurídico tutelado, por medio de los elementos que conforman la conducta como son la acción, omisión y la relación de causalidad. En el caso de quien tiene una posición de garante, este tipo de comportamiento se lo adjudica a la persona que tiene el deber legal de impedir que se lleve a efecto un resultado dañoso al derecho tutelado de la víctima, ya que quien cuenta con este deber tiene que velar por el cuidado y protección de aquel derecho al fungir como tal. (Meini, 2014, pág. 163)

De este modo, el desvalor del resultado típico queda relegado a un segundo plano, ya que como dice el autor, su significado o grado de importancia jurídico penal se lo atribuye describiendo la manera en cómo se realiza la conducta, para conocer si aquella acción, es decir; el hecho, se encuadra o no en lo que establece la norma penal. (Meini, 2014, pág. 163). A mi parecer, lo que cita este autor peruano tiene mucho que ver y está relacionado de tal manera con este subtema, pues la consecuencia del acto perpetrado tiene que inexorablemente estar tipificado y descrito estrictamente en la ley penal como un ilícito para que pueda tener una consecuencia jurídica de índole penal. Es por esta razón que el

comportamiento típico debe ser una desvaloración que se la hace en el marco de la situación de riesgo para el derecho tutelado de una persona, teniendo en consideración los requisitos que debe cumplir el comportamiento y su resultado para que el sujeto activo pueda o no ser merecedor de una pena que reprima la acción desplegada libre y voluntariamente por el sujeto activo del delito. (Meini, 2014, pág. 164).

Para mejor comprensión de lo manifestado por este jurista peruano, nos trae una interrogante que a mi juicio es clave para poder comprender que acciones tenemos que evitar para no lesionar y poner en peligro los derechos fundamentales consagrados en la carta política del estado como es la Constitución y en la ley penal, siendo esta la siguiente: ¿Cuanta libertad de acción se le tiene que restringir a una persona para impedir un daño o perjuicio a un bien jurídico protegido? planteada como está la pregunta, coincido con el autor en que el riesgo es sin lugar a dudas provocado por una conducta activa como omisiva que sea imprudente o dolosa. El riesgo puede ser también generado por fenómenos naturales como son por ejemplo un tsunami, una tormenta, un terremoto, que viabilicen poner en jaque diferentes bienes jurídicos protegidos como son la vida y la propiedad de las personas. (Meini, 2014, pág. 164)

Por lo expuesto, según el autor y de lo cual coincido plenamente el desvalor de resultado debe ser impuesto a aquella persona que ha actuado como consecuencia de un hecho propio, debiendo entonces ser sometido a un juicio de reproche por haber infringido un bien jurídico protegido. (Meini, 2014, pág. 164). En suma, Meini considera como eje central para reconocer que ha habido una verdadera desvaloración penal y a su vez para reconocer plenamente al bien jurídico que ha sido afectado y expuesto a un riesgo mayor al permitido, la puesta en práctica de una adecuada interpretación teleológica que permita

que el comportamiento típico sea construido a base de los elementos positivos y negativos del precepto de la parte especial que conforma el tipo penal y de las causas que excluyen al injusto. (Meini, 2014, pág. 165)

3.2 DETERMINACIÓN DEL RIESGO TÍPICO.

Para determinar el riesgo típico, el comportamiento debe ser aquel que ponga en peligro un bien jurídico protegido y tutelado por el derecho penal en la realización de una actividad determinada por el sujeto activo del delito. La lesividad de la conducta será establecida a través de un juicio de valoración que tomara como punto de partida el riesgo al cual estuvo sujeto aquel bien jurídico. Por lo tanto, habrá un hecho lesivo en tanto y en cuanto exista una razón para impedir que una conducta riesgosa se materialice en perjuicio de la protección de un derecho en un caso particular. (Meini, 2014, pág. 174).

Meini toma como ejemplo el caso de conducir a exceso de velocidad, actividad que puede dar lugar a una infracción administrativa mediante una sanción pecuniaria y también penal si aquel comportamiento reviste un hecho típico de muerte o lesiones. Por lo visto, el hecho de cometer los delitos que acabamos de mencionar en estas circunstancias y a efectos de impedir que estos queden en la impunidad, el legislador ha visto necesario regular estas conductas, estableciendo límites de velocidad al conductor a la hora de conducir un vehículo, con el objetivo de evitar consecuencias lamentables para la salud y vida tanto de peatones como conductores y a la vez sancionar con la pena establecida en el cuerpo de ley respectivo a quien no respete y haga caso omiso de lo previsto en la normativa legal vigente. (Meini, 2014, pág. 174)

Lo mismo ocurre cuando una persona herida que va en camino en una ambulancia hacia un hospital para que sea atendido de urgencia, es privada de aquello por manifestantes que evitan que el paciente sea ingresado al centro hospitalario, exponiendo de esta forma la vida de esta persona a su suerte. Aquí es importante preguntarse si en ese preciso momento se hace necesario vetar penalmente este tipo de conductas, teniendo en consideración las circunstancias del caso en concreto, a fin de preservar la vida del paciente en cuestión. Lo mismo ocurre con el arma homicida con la que se le causa la muerte a una persona a través de un disparo, por lo que nos surge de nuevo una interrogante, la cual cuestiona si ¿es o no fundamental prohibir la venta de esta arma de fuego para evitar que posteriormente pueda ser utilizada para cometer un crimen? (Meini, 2014, pág. 174)

La respuesta a esta inquietud está respondida mediante la teoría de la prohibición de regreso, la cual consiste en que no se puede imputar por el resultado ocasionado en este caso a la persona que vende el arma de fuego a otra, porque simplemente ignoraba el uso que le iba a dar posteriormente el comprador. La prohibición de regreso surge desde el momento en que el homicida emplea el arma para quitar la vida a su víctima, momento en que rige la prohibición de retroceso hasta el hecho en que el arma es vendida al sujeto activo del ilícito, con la finalidad de que la persona que la vende no pueda ser imputada de ninguna manera por el crimen perpetrado.

Es por esto, que la determinación del riesgo típico se traduce en la puesta en práctica de principios jurídico-penales y de la interpretación teleológica que se hace por medio de la descripción de la norma penal. Esto se demuestra con total claridad cuando se emplean los juicios de imputación objetiva que sirven para conducir de manera correcta a lo que

está tipificado en la ley penal por medio de un adecuado razonamiento teleológico. Tal es así que como lo expusimos anteriormente, el razonamiento o la interpretación se la debe de practicar a través de la teoría de prohibición de regreso en relación con el ámbito de protección de la norma, que no es más que la afirmación de la irrelevancia penal de una conducta con la que se provee al agente activo del instrumento para consumir su fin ilícito. (Meini, 2014, págs. 174-175)

Esto permite evitar que las consecuencias derivadas del actuar doloso afecten la actuación del antecesor por su incompetencia en la puesta en marcha de la conducta dolosa, debido a que simplemente aquel comportamiento no es típico y por tanto no punible ni susceptible a sanción alguna. Otra teoría que así mismo exonera de culpa a este tipo de actuación es la conocida como principio de confianza, ya que la describe como un hecho atípico. Este principio se fundamenta en la espera de que una tercera persona despliegue un comportamiento acorde a su auto responsabilidad, exigibilidad, y ponderación en el desempeño de la actividad y en el marco de sus competencias para la que fue llamado a participar. Todo esto en estricto apego al riesgo permitido al que está obligado a respetar, a fin de evitar que la conducta llevada a cabo caiga en lo que en la doctrina se conoce como riesgo típico, que no es más que todos aquellos comportamientos prohibidos que incrementan el riesgo y ponen en peligro a un bien jurídico protegido. (Meini, 2014, pág. 175)

Lo descrito en el párrafo que antecede, nos lleva a confirmar que el comportamiento típico no es más que un juicio de desvaloración de la conducta ejecutada por la persona que viola la protección y el resguardo del que está cubierto cualquiera de los derechos tutelados a favor de la sociedad en general y en especial de las personas que se encuentran

dentro de los grupos vulnerables. En este sentido, la única razón por la cual se puede excluir a una conducta de ser sujeta de este juicio de valoración negativa del comportamiento, es por una de las causas de justificación o exclusión del injusto penal como pueden ser las lesiones o la muerte que se produce al agresor cuando la víctima actúa en legítima defensa de su vida o cuando provoca daños en estado de necesidad exculpante. (Meini, 2014, pág. 175)

De lo dicho, podemos colegir que aun cuando el resultado material del hecho típico y antijurídico perpetrado se materialice o no en el resultado, la conducta ejercida no puede dejar de estar prohibida en los casos por ejemplo de tentativa, que es cuando el acto que se lleva a cabo de manera dolosa, con la intención y voluntad de causar un daño por medio de actos idóneos que van orientados y conducidos inequívocamente a la realización del delito no logra consumarse o cuyo resultado no llega a verificarse por circunstancias ajenas a la voluntad del infractor.

En los casos por ejemplo en el que el resultado reprochable se presente de todas formas aun cuando el autor del comportamiento habría apegado su conducta a un hecho lícito y sin riesgo para un bien jurídico protegido, se conoce en doctrina como los cursos alternativos ajustados a derecho, que puede ser explicado más claramente con el siguiente ejemplo: Un camionero que se encuentra conduciendo su vehículo por la carretera se queda dormido, a consecuencia de esto se pasa al otro carril donde venía un motociclista en completo estado de ebriedad y producto del cambio intempestivo del lado de la vía atropella al conductor de la moto y lo mata. Sin embargo, si se omite el comportamiento peligroso y temerario del conductor del camión, el motociclista hubiera muerto de todas formas al impactarse de frente con el conductor del camión que iba respetando la

velocidad y manejando con la prudencia y diligencia debida. (Meini, 2014, págs. 175-176)

3.3 LEGITIMIDAD DEL RIESGO TÍPICO.

El riesgo típico es el significado de haber creado un riesgo jurídicamente desaprobado por la ley penal, después de esto pasamos a analizar y calificar el tipo penal mediante la interpretación de la ley. Por medio de la interpretación podemos conocer qué tipo de conductas están prohibidas para evitar un daño a un bien o a un derecho jurídicamente protegido, para luego determinar si aquella conducta se encuentra tipificada dentro del catálogo de delitos y de esta forma se logrará posteriormente subsumir el hecho prohibido en la norma, la cual debe describir con claridad y precisión aquel injusto penal. (Meini, 2014, pág. 172)

Cuando alguien mata a otro con la intención de hacerlo por precio o promesa remuneratoria, sin duda alguna su conducta se encuadrará en el tipo penal de asesinato. Esta situación se la tiene sumamente clara ya que no hay por donde perderse jurídicamente hablando, cuando a la hora de ponderar que bien jurídico prevalece sobre otro, sin duda alguna será el derecho a la vida el que predominará en este caso frente al derecho de obtener un beneficio económico matando a una persona. Caso contrario, sucede cuando el juicio de subsunción penal no se lo tiene tan fácil como en el ejemplo ante dicho, debido a que la acción ejecutada resultaba impensable al momento de haber sido tipificada, o cuando no se conoce con claridad que intereses han sido afectados en perjuicio de un bien jurídico protegido. Es aquí cuando se hace necesario entonces antes de subsumir el hecho o la conducta llevada a cabo al tipo penal establecido en el

respectivo catálogo de delitos, saber previamente que conductas están prohibidas y que bienes jurídicos se encuentran tutelados por la norma penal. (Meini, 2014, pág. 173)

Hasta ahora, solo hemos hablado de la función que cumple la norma penal para determinar el incremento o no del riesgo típico de una conducta, pero nada se ha dicho sobre la legitimidad y finalidad que esta persigue. La legitimidad de una norma penal solo es posible cuando la prohibición de la conducta se la tipifica en un código normativo, a fin de normar la libertad de acción de un ciudadano en favor de los derechos de las demás personas. Si estas condiciones no se concretizan se daría lugar a una prohibición ilegal e inconstitucional. Es por todas estas razones que el Estado es el llamado a proteger y resguardar este tipo de libertad, brindando las garantías respectivas para que la sociedad se pueda desarrollar en un marco de autonomía y respeto para con los derechos y garantías individuales como colectivos. Como vemos, el conflicto que puede dejarse ver entre libertad y seguridad tiene que ser resuelto aplicando el principio de mínima intervención penal, en base a un análisis de los criterios de su necesidad, idoneidad y proporcionalidad en relación con el daño que ha sido causado. (Meini, 2014, pág. 173)

Aquellos criterios sin duda alguna posibilitan discutir o no la legitimidad que pueda tener una norma penal, con el objetivo de evitar aplicarla si constituye una amenaza para un derecho constitucionalmente protegido vía control difuso. Así como por otro lado obliga a que los legisladores en su quehacer diario de legislar y fiscalizar sean sumamente respetuosos con la creación de proyectos de ley que en el ámbito penal quieran viabilizar a través de un código normativo, debido a que esto implica obviamente restricciones a las conductas de las personas que conforman una sociedad. (Meini, 2014, págs. 173-174). Por esta razón, es que el comportamiento típico solo podrá ser descrito como supuesto de

hecho y como consecuencia jurídica única y exclusivamente por la norma penal y no por un precepto penal, en vista de que el precepto únicamente constituye una norma primaria de la norma penal.

Es por ello que, para mantener una convivencia social pacífica, tolerable, y respetuosa de los derechos y obligaciones de todas las personas, se vuelve no solo legítimo sino también necesario y prioritario prohibir aquellos comportamientos previstos en la norma penal que puedan vulnerar y poner en riesgo bienes jurídicos protegidos tanto penal como constitucionalmente hablando. Además, esto hace que la libertad de una conducta que está siendo limitada por la prohibición que en el ámbito penal se hace de la misma, sea desde todo punto de vista como lo habíamos mencionado proporcional, idónea y necesaria con el daño que se pretende impedir. (Meini, 2014, págs. 173-174). Por tal motivo, es la norma penal la única que tiene la jerarquía necesaria para constituir los presupuestos de punibilidad y de merecimiento de pena en consonancia con la magnitud de la violación del derecho que se ha causado.

3.4 EMPLEO DE CRITERIOS SUBJETIVOS EN LA CONCRECIÓN DEL RIESGO TÍPICO.

Frente a este subtema, surge una interrogante que se ha tratado de discutir en la doctrina; y es que se ha planteado si para determinar el riesgo típico de una conducta, se necesita tomar en consideración no solo criterios objetivos sino además criterios subjetivos para este fin. La respuesta que se le dé a esta inquietud repercutirá en sostener o no, si solo el conocimiento que posea una persona podrá identificar el riesgo que engloba efectuar tal o cual actividad a diferencia de otra que ignore las consecuencias de realizar un comportamiento determinado. En este sentido, concuerdo de manera plena con

el autor en que solo es exigible aquello que debe conocer la persona que está llamada a desempeñar aquella actividad por la preparación y experiencia que ha tenido. (Meini, 2014, pág. 176)

De aquello, deriva el principio de exigibilidad que no es más que admitir que los riesgos que conlleva la realización de una conducta ya sea por dolo o imprudencia, deben ser obligatoriamente conocidos por el ejecutante en vista de la experiencia individual o colectiva que posea. Es sabido por obvias razones que quien dispara a sangre fría a otra persona le puede causar la muerte, para conocerlo no es necesario estudiar o ser un letrado en el tema. Es por tanto que sostenemos que en la determinación y concreción del riesgo típico influye de manera importante la puesta en práctica de un criterio subjetivo que discierna si el acto fue cometido por uno de estos dos tipos de conductas. Si bien es cierto que la ciencia y la tecnología avanzan a cada segundo, sin embargo, hay resultados lesivos que no pueden ser explicados mediante ninguna relación causal. Por tanto y como venimos explicando no solo es relevante determinar el riesgo objetivo que se plasma en el resultado producido, sino también lo es el subjetivo para distinguir si el acto que derivo en aquella consecuencia tenía o no que ser conocido por el autor. (Meini, 2014, págs. 176-177)

De lo dicho, es lógico entrever que si la experiencia nos dice que el empleo de una conducta específica provoca un resultado lesivo, es sensato desistir de llevarla a cabo a fin de preservar el bien jurídico que se tiene al frente. Pero si la misma experiencia nos lleva a dilucidar que el acto que vamos a emplear no ha tenido antecedente alguno de haber dejado una secuela en desmedro de un derecho ajeno, el facultativo simplemente no tendría prohibición alguna para ejecutarlo. He aquí la importancia que tiene en relación

a todo esto la llamada cognosibilidad del riesgo y los tipos de experiencia que mencionamos en el párrafo anterior. Es acertado lo que menciona el profesor Meini desde el primer día de clase en el aula de posgrado; y es que solo cuando se conoce que una conducta ex ante puede producir ex post una consecuencia negativa se la debe prohibir mediante su tipificación en un código sustantivo penal. (Meini, 2014, pág. 177)

En este punto, cabe aclarar dos presupuestos que van en estrecha relación con lo parafraseado y argumentado en párrafos anteriores con respecto al conocimiento del riesgo y que son: En primer lugar, y para entender de mejor manera lo que se va a explicar, creo que es pertinente comenzar con un viejo y conocido refrán que dice “zapatero a tus zapatos” con esto quiero decir que la persona que se dedica a cualquier arte, profesión u oficio tiene que conocer a cabalidad lo que va efectuar. Siendo así, como dice el profesor Meini Mendez, el ejercicio responsable de la libertad involucra que el ejecutor de un acto sepa lo que tiene que hacer a efectos de respetar y mantener a buen recaudo aquello para lo que ha sido llamado a realizar, más aún cuando se trate de la salud o la vida de un paciente, ya que no se puede improvisar y peor aún cometer algún tipo de negligencia o imprudencia por falta de la experticia necesaria. En otras palabras, al ejecutante se le tendrá que requerir solo aquello que sea razonable y cognoscible en el ámbito y especialización de su profesión, ni más ni menos. (Meini, 2014, pág. 177)

Por tanto, si en una intervención quirúrgica participa un conjunto de profesionales de la salud, el riesgo típico no se lo puede medir ni mucho menos establecer individualmente, sino al contrario debe ser determinado de forma colectiva, en tanto y en cuanto los intervinientes desempeñen en un ámbito específico de riesgo el mismo rol o cargo. Esto es así, en razón de que la norma penal está destinada a regular las conductas de una

sociedad en general y más técnicamente hablando solo de aquellas que tengan la capacidad penal para que un individuo pueda ser sujeto de una investigación tanto pre como procesal penal. En segundo lugar, y para aclarar un poco más el panorama en este tema del riesgo típico, es oportuno mencionar que el empleo del criterio de concreción del elemento subjetivo de la conducta típica, hace posible objetivamente hablando por medio de la experiencia colectiva, poder identificar aquel nivel de riesgo detectado en la práctica de una actividad específica. (Meini, 2014, págs. 177-178)

Para ejemplificar de alguna forma lo narrado en el párrafo que antecede, el profesor Meini desestima que el nivel de riesgo detectado por el criterio subjetivo tenga que ser mayor o menor entre dos personas que se dedican a la misma profesión de forma independiente, por más que la una sea una experta en lo que hace y la otra no al ser un simple novato. A este respecto, coincido plenamente con este autor peruano, puesto que el riesgo al que se atienen ambos individuos tiene que estar en igualdad de condiciones para ambos, solo si ejercen como lo habíamos dicho el mismo rol o cargo de trabajo en la puesta en práctica de una misma actividad, ya que por el contrario si el profesional experto y el novato actúan conjuntamente en una intervención quirúrgica determinada el nivel de riesgo y la responsabilidad del médico experto será mayor al tener que supervisar y controlar lo que ejecute el medico novato a fin de garantizar el éxito de la operación. (Meini, 2014, pág. 178)

Lo expuesto nos lleva a entender entonces que “entre el experto y el profano existe una evidente asimetría en cierta específica materia cuyos conocimientos domina el experto, lo que lo coloca en una situación de superioridad cognoscitiva sobre el segundo” (Sessarego & Woolcott Oyague, 2018, pág. 326). De esto deriva lo que en doctrina se

conoce como *lex artis* y mal *praxis* médica, pues la desigualdad de conocimientos entre un médico y otro puede determinar cómo apreciamos la suerte del paciente sometido a un tratamiento o intervención medico quirúrgica. Por ello, resulta necesario conocer lo que los doctrinarios han dicho sobre estos dos tipos de práctica médica, ya que es evidente que de aquellos se concretiza como hemos venido indicando el empleo de criterios subjetivos en la realización del riesgo típico.

La *lex artis* se refiere “al conjunto de reglas para hacer bien o artísticamente las cosas” (Sessarego & Woolcoott Oyague, 2018, pág. 98) en otras palabras y más aplicado a la responsabilidad médica, le *lex artis* es el cumplimiento íntegro y estricto de todas y cada una de las normas de orden técnico médico, que debe acatar el profesional de la medicina en que su quehacer diario. Inclusive no solo se refiere al acatamiento de las disposiciones médicas establecidas previamente, sino además de la normativa que no está prevista, pero es considerada como un indicador o guía de la conducta que debe desplegar el medico en una actividad determinada. De tal modo que para verificar si existió o no responsabilidad médica por parte de un galeno, se tendrá que valorar como es obvio la sujeción a las reglas de los manuales, leyes o reglamentos, a fin de confirmar o descartar una imputación por responsabilidad médica a título de culpa. (Sessarego & Woolcoott Oyague, 2018, pág. 98)

Por lo visto, la *lex artis* es el eje central y más importante por el que el medico tiene que transitar en el desarrollo de su actividad profesional. No obstante, los conocimientos, la experiencia y la pericia del médico no constituyen todo lo que debe saber el profesional de la salud, sino además le corresponde la obligación de estudiar y conocer a profundidad las condiciones y el estado de salud en el que se encuentra el paciente quien está a su

cuidado. Por otro lado, hay que tener en cuenta que, así como la ciencia y tecnología evolucionan y avanzan a cada segundo, también lo hace la *lex artis* entendida como el conjunto de reglas, disposiciones y normas que rigen una profesión, arte u oficio. De esta forma la *lex artis* no solo nos dice como se tiene que actuar en un caso determinado sino además faculta a dejar atrás y eliminar todo aquello que ha dejado de evolucionar científicamente en la rama médica. (Sessarego & Woolcoott Oyague, 2018, págs. 98-99)

Por lo expuesto, es fácil comprender que la *lex artis* deja al libre albedrío del médico elegir cual método o técnica aplicar de las diferentes y variadas formas de intervención médica que existen, por lo que siendo así dependerá única y exclusivamente del médico tratante decidir cuál de todas estas son las más efectivas y seguras para ponerlas en práctica en un caso concreto. De esta forma, la *lex artis* permite establecer si el procedimiento medico desplegado por el profesional de la medicina estuvo o no bien realizado; es decir posibilita determinar a ciencia cierta si el actuar medico fue correcto, diligente y adecuado, propio de un buen profesional que sabe lo que hace y que por lo tanto efectúa un trabajo en beneficio del paciente. (Sessarego & Woolcoott Oyague, 2018, pág. 99)

De esta forma se constituye entonces la *lex artis* en el farol que guía e ilumina la práctica del buen profesional de la medicina, y considerando que la misma por las razones expuestas debe responder “a circunstancias de espacio-tiempo histórico” (Sessarego & Woolcoott Oyague, 2018, pág. 100) ha surgido actualmente lo que se conoce como un criterio evaluador de la buena práctica médica, la llamada (MBE) Medicina Basada en la Evidencia, la cual como su nombre lo indica y de la cual coincido y estoy a favor totalmente, faculta poder analizar si el medico diagnostico e interpreto correcta y

científicamente el padecimiento que sufría el paciente, con base en la utilización de métodos, técnicas y tratamientos adecuados, experimentados e internacionalizados del mayor número de médicos dedicados a la especialidad del caso en cuestión, para por medio del resultado y de la evidencia obtenida de la intervención médica llevada a cabo, dilucidar si se actuó diligentemente o en otras palabras con la atención y el cuidado debido. (Sessarego & Woolcoott Oyague, 2018, pág. 101)

Mientras que la mala praxis médica, es la violación de las normas, leyes, reglamentos, técnicas, métodos, del ejercicio profesional de la medicina. Por tanto la mala praxis se traduce en que el medico omite realizar de manera adecuada, prolija, precavida, apropiada su trabajo, incumpliendo así con su deber y obligación de garantizar al paciente una intervención o procedimiento ceñido a las reglas del arte médico, cometiendo entonces una flagrante negligencia, impericia y desconocimiento en el desempeño de su labor, lo que conlleva como es obvio a un lamentable y desafortunado perjuicio a la salud del paciente, configurándose lo que se llama la responsabilidad médica, por la cual el causante tendrá que indemnizar o reparar el daño causado a la víctima. (Sessarego & Woolcoott Oyague, 2018, pág. 102)

En esta parte hay que distinguir y ser enfático en que el medico será penalmente responsable “siempre y cuando estos resultados sean diferentes de los que hubieran conseguido la mayoría de los profesionales en las mismas circunstancias” (Sessarego & Woolcoott Oyague, 2018, pág. 103) Es decir, si después de analizar el por qué se produjo el resultado desfavorable a la víctima, se llega a colegir que el o los intervinientes del acto médico en ningún momento y bajo ninguna circunstancia omitieron e inobservaron los protocolos con los que debían regir su actuación, por lo que aquel resultado se hubiera



dado de igual forma en las manos de otros profesionales si habrían participado en la misma situación que el medico principal de la intervención, se excluirá su responsabilidad penal.

CAPÍTULO IV

EL JUICIO DE REPROCHE Y EL CONSENTIMIENTO EN EL DELITO DE HOMICIDIO CULPOSO POR MALA PRAXIS MÉDICA

4.1 EL CONSENTIMIENTO EN EL HOMICIDIO CULPOSO POR MALA PRÁCTICA MÉDICA.

En esta parte de este subtema comenzaré primero haciendo algunas consideraciones con respecto al delito de homicidio, para posteriormente adentrarnos en analizar sobre si el consentimiento prestado por la víctima puede ser causal o no de atenuación o exclusión tanto de la pena a ser impuesta como en la responsabilidad penal del infractor. En el delito de homicidio como en los demás ilícitos se debe distinguir entre el tipo objetivo y el subjetivo del injusto penal, es así que el tipo objetivo es el llamado “objeto material sobre el que recae directamente la acción” (Muñoz Conde, 2015, pág. 29) mientras que el sujeto pasivo es la víctima del delito, por ser la persona sobre quien pesa y sufre las consecuencias de la acción realizada por el sujeto activo de la infracción, que es quien con su conducta ha llevado a lesionar el bien jurídico vida, el cual debía respetar y precautelar si fungía como garante del mismo.

La acción del delito de homicidio consiste en causar la muerte de otra persona, deceso que puede ser causado por múltiples factores, como cuando el agente activo del delito como lo habíamos dicho en el párrafo anterior ocupa una posición de garante frente al bien jurídica vida que tiene en frente, al haber cometido el hecho antijurídico por omisión de evitar un incremento del riesgo mayor al permitido y así impedir que ocurriera el resultado reprochable. Como observamos, la violación del bien jurídico vida puede ser perpetrado tanto por acción como por omisión, por lo que entre la acción y el resultado que se materializa tiene que mediar una relación de causalidad, atendiendo a lo que

establece la teoría de equivalencia de las condiciones, entendida como causa aquella acción que provoca un resultado. (Muñoz Conde, 2015, págs. 29-30)

Sin embargo, los problemas que enfrenta hoy en día el causalismo tienen y deben ser resueltos aplicando la teoría de la imputación objetiva, pues no toda acción es causa de un resultado, ya que será solo aquella conducta que sea penalmente relevante en la ejecución de un delito imprudente como es el caso de la mala praxis médica, caso contrario el resultado que se llegue a dar no podrá ser imputado de ninguna forma y bajo ninguna circunstancia al autor de esa conducta, si se logra advertir después de un análisis exhaustivo y minucioso que el resultado se debió sin lugar a dudas a un caso fortuito y no a una falta del deber objetivo de cuidado del dueño de la acción u omisión en un caso concreto. (Muñoz Conde, 2015, pág. 31)

Ahora pasemos a analizar el elemento subjetivo del acto delictivo, el cual como sabemos puede ser de dos clases: doloso e imprudente, no obstante, al cual nos referiremos será al delito culposo por ser materia obviamente de lo estudiado y esgrimido hasta el momento. En el delito de homicidio culposo, la imprudencia juega un papel esencial para imputar subjetivamente al causante del hecho por la consecuencia derivada por su accionar delictivo. Bajo esta premisa, el delito imprudente como su nombre lo indica es causado por un acto que no cuenta al momento de su realización con la diligencia debida, quedando al margen entonces aquel deber tanto objetivo como subjetivo de cuidado al que tiene que ceñirse inevitablemente el dueño de la conducta ejercida en procedimientos donde la vida de una persona puede ser puesta en peligro. (Muñoz Conde, 2015, pág. 32)

Otros de los elementos que conforman este tipo de delito culposo son la previsibilidad objetiva y subjetiva, a los que sumados a los antes mencionados requisitos de falta de diligencia debida y omisión del deber objetivo de cuidado, son los que configurarían en un caso concreto la muerte de una persona, por lo que siendo así se hace necesario entonces imputar objetivamente al delito culposo realizado, a fin de obtener la sanción correspondiente para el autor y la reparación e indemnización integral para la víctima. (Muñoz Conde, 2015, pág. 32)

Como se puede apreciar, para determinar la existencia de un delito imprudente llevado a cabo desde el ejercicio profesional de la medicina, es imprescindible además evaluar cómo y de qué manera se ha puesto en práctica la *lex artis*, con el objetivo de obtener las respuestas del por qué ocurrió el fallecimiento de un ser humano, no siendo posible entonces catalogar a la imprudencia entre grave o menos grave en esta clase de delitos, ya que la negligencia profesional siempre tendrá que ser considerada como grave, por lo que además de la pena se debe imponer también la inhabilitación profesional. (Muñoz Conde, 2015, págs. 33-34)

Dentro de las actividades profesionales en el ámbito de la salud, son los procedimientos medico quirúrgicos los que más porcentaje de homicidios culposos se registran, por lo que como decíamos en párrafos precedentes no es suficiente hoy en día objetivamente hablando imputar el cometimiento de una acción como causa del resultado acontecido, en este caso (muerte del paciente) pues lo que en realidad se debe constatar para dicho fin, es si aquella conducta presuntamente imprudente reúne los elementos mínimos y necesarios a los que hicimos alusión para poder ser objeto de una imputación

objetiva por el resultado ocurrido ya sea a título de dolo o de imprudencia. (Muñoz Conde, 2015, pág. 34)

Adentrándonos un poco más en analizar la responsabilidad criminal del médico por un delito culposo, es necesario manejar con acierto algunos criterios que a continuación se van a estudiar, a efectos de establecer en qué momento y bajo qué circunstancias se configura el delito imprudente en el accionar médico.

El primer criterio se trata de la experiencia, preparación y la capacidad profesional que posea el facultativo para realizar su trabajo con la suficiente solvencia tanto pre como post quirúrgica a efectos de brindar un resultado favorable al paciente, advirtiéndole previamente de los riesgos y peligros que traen someterse a la intervención y teniendo en cuenta por supuesto que no es lo mismo un acto médico llevado a cabo por un especialista con sólidos conocimientos, fruto de una capacitación constante y actualizada por varios años en la materia, que un médico que posea solamente conocimientos generales y vagos y por tanto no especializados en lo que se va efectuar en el paciente. Estas son solo algunas de las circunstancias que como vemos influirán en el resultado final de la acción médica. (Muñoz Conde, 2015, pág. 111)

Como segundo elemento, tenemos a las circunstancias de tiempo y lugar en las que se realiza la intervención médica, en vista de que como bien sostiene el autor, el ejercicio profesional de la medicina va ser siempre mejor valorado en los hospitales que cuenten con una adecuada tecnología, personal e infraestructura hospitalaria, que en un centro médico rural que no cuente con todo aquello, además de que no va ser nunca igual un procedimiento ejecutado en circunstancias apremiantes y de emergencia que uno llevado

a efecto con el tiempo, planificación y medios necesarios acordados previamente entre médico y paciente. (Muñoz Conde, 2015, pág. 111)

Como tercer y último elemento, podemos decir que uno de los principales factores de riesgo en la obtención de resultados lesivos o fatales para el paciente, radica al momento de cometer errores en la elección del tratamiento o de medidas terapéuticas a ser aplicadas en el paciente, una de estas es como lo habíamos advertido anteriormente los procedimientos quirúrgicos al momento de su realización, así como también los pre y post operatorios; es decir los efectuados antes y después del acto quirúrgico. Sumado a esto, los problemas que se presentan con la anestesia, transfusión sanguínea y en la desinfección tienen un alto índice de ser los causantes del resultado reprochable que acontece posteriormente, debido a la imprudencia cometida por parte del facultativo a la hora de desempeñar este tipo de acciones médicas. (Muñoz Conde, 2015, pág. 111)

Otra de las principales actividades en las que se incurre en imprudencia médica, es cuando se ejecuta el acto médico con la concurrencia de un equipo de colaboradores más aun cuando por la complejidad de la intervención, el médico principal se ve obligado en delegar las funciones a otro colega experto en la rama médica a la que se dedica. Si bien es cierto que la responsabilidad penal es personal y por esta razón no puede ser trasladada a otra persona, en este tipo de situaciones de trabajo en equipo existe una excepción a esta regla. En esta parte hay que hacer una especial consideración a lo que se denomina el principio de confianza, pues cuando los ejecutantes del procedimiento médico son especialistas de una rama específica de la medicina, el médico que dirige la intervención puede confiar y estar seguro en el trabajo que va realizar el resto en beneficio del procedimiento. (Muñoz Conde, 2015, pág. 111)

Sin embargo, cuando por más que se tomen todas las precauciones uno de los galenos falla en la ejecución de su trabajo y por ese yerro se produce un resultado desfavorable o fatal para el paciente, el médico principal se encontrará exento de ser responsable de lo ocurrido al estar protegido y cubierto por el principio de confianza. No sucede lo mismo cuando al médico principal se le ocurre delegar a un médico novato una función en la realización de la cirugía, de la cual no está preparado y por esto comete un error que a la final resulta fatal para la salud del paciente. En este caso no solo tendrá que responder penalmente el médico novato, sino además el médico de cabecera quien autorizó la intervención del principiante, pues fue el factor desencadenante de la producción del resultado reprochable. (Muñoz Conde, 2015, pág. 111)

Es aquí cuando el consentimiento informado tiene un papel predominantemente trascendental para la puesta en marcha de la intervención a llevarse a efecto, ya que se lo debe realizar una vez que el galeno haya explicado al paciente sobre las diferentes alternativas que existen y las consecuencias y riesgos que implica un determinado procedimiento, teniendo siempre en consideración el nivel cultural, social y familiar del paciente para su correcta comprensión, más aun cuando se trata de algo complejo y delicado. Es así que el consentimiento se configura en el presupuesto primordial para la práctica del acto médico, debido a que si no se puede contar con aquello no se podría ejecutar ninguna acción de este tipo, y si se lo hiciera sería un acto carente de total legalidad y legitimidad, por tanto, susceptible a ser puesto en conocimiento de las autoridades respectivas para su posterior investigación y sanción correspondiente para el o los ejecutores. (Muñoz Conde, 2015, pág. 112)

4.2 EL CONSENTIMIENTO COMO CAUSA DE EXIMENTE Y ATENUACIÓN PENAL.

Cuando hablamos de consentimiento informado, partimos en primer lugar que lo que se protege es la autonomía del ser humano para decidir libre y voluntariamente sobre su ser. Es así que en el derecho se dice que todo está permitido, siempre y cuando no se contravenga a las buenas costumbres, al orden público, y en términos generales no se provoque un daño o lesión a un bien jurídico tutelado por el derecho penal. (Sessarego & Woolcoott Oyague, 2018, pág. 527). De lo parafraseado, puedo consecuentemente discernir que el consentimiento puede ser causa de justificación del perjuicio que se llegare a ocasionar a una tercera persona, detrimento que puede consistir en un daño a la salud de un paciente o en la muerte de la misma, siempre que el ejecutor de un procedimiento o intervención médica actúe desde el primer momento con la diligencia debida, resumida en el respeto que se debe tener hacia el deber objetivo de cuidado y por supuesto hacia la *lex artis*.

Por lo expuesto, es claro aceptar que el bien jurídico tutelado en el consentimiento informado es la libertad de decisión del paciente, por consecuencia será lícito todo acto médico que respete aquella libertad, y por otro lado será ilícito toda acción llevada a cabo sin contar con la aceptación del paciente, a excepción de los casos en los que se tenga que intervenir a personas menores de edad o incapacitadas para declarar libre y expresamente su voluntad de someterse a este tipo de procedimientos. (Sessarego & Woolcoott Oyague, 2018, págs. 526-528)

El consentimiento del paciente como causa de justificación de la intervención médica, nos lleva a comprender que este tipo de acto que se ejecuta sobre el paciente representa

una lesión para el enfermo desde el punto de vista del principio de inviolabilidad corpórea, el mismo que tiene su razón de ser en la llamada dignidad de la persona que no es más que el hecho de aceptar como nos supo explicar el distinguido y afamado médico legista Dr. Gabriel Tenorio Salazar en el aula de clases, que todos y cada uno de nosotros somos únicos e irrepetibles, no solo en el transcurso de nuestra vida sino además después del fin de nuestros días. Siendo así, la única razón por la que se puede excluir la antijuridicidad de la conducta contemplada y vista desde la materialización del ilícito, se encuentra en el consentimiento informado que se le debe brindar al paciente antes del comienzo de la actividad médica. (Sessarego & Woolcoott Oyague, 2018, pág. 534)

En este argumento se basa entonces la tesis que sostiene que el consentimiento justificaría la lesión originada por la puesta en marcha de la intervención médica, teoría que como no puede ser de otra manera se fundamenta como lo habíamos explicado en párrafos anteriores en los principios de autonomía, libertad y libre albedrío que cobijan y protegen al paciente. Desde el razonamiento probatorio quien tiene la carga de la prueba a fin de demostrar el daño o lesión en que ha incurrido el galeno de acuerdo a la relación causa-efecto (relación de causalidad) es el paciente; es decir es el perjudicado quien tiene que probar que ha sido víctima del delito de lesiones o en su caso el fiscal como titular de la acción penal pública y que es quien lleva la investigación pre como procesal penal, quien tiene que demostrar si es el caso la falta de consentimiento del paciente hacia el médico y la mala realización de la práctica médica, cuando se ha producido el fallecimiento del enfermo, configurando entonces un homicidio culposo por mala práctica profesional. (Sessarego & Woolcoott Oyague, 2018, pág. 535)

Así tenemos, que la ilicitud de la conducta del agente activo del delito se presenta cuando la integridad física del paciente o su vida han sido vulneradas, de tal modo que es el médico quien por el contrario tiene que dar por hecho la concurrencia de una causa de justificación en su accionar como, por ejemplo, el consentimiento dado a su persona por el paciente. De tal suerte, que existe un vínculo entre lo que es el potencial daño que se puede provocar a la salud del paciente dependiendo como es lógico de los resultados que arroje el tratamiento o procedimiento quirúrgico realizado. Visto así el panorama podemos entonces entrever que mientras el acto médico ejecutado no mejore la salud del paciente o en otras palabras lo empeore, el médico será responsable de esta consecuencia por lo que deberá responder del daño, lesión, o muerte que se ocasione no solo en el ámbito penal sino también en el civil y administrativo. (Sessarego & Woolcoott Oyague, 2018, pág. 535)

Por otro lado, en caso de que el acto médico no haya contado con el consentimiento del paciente, pero a pesar de esto haya mejorado su salud, de todas formas, se tendría que resarcir el daño ocasionado por la transgresión de haber decidido por el mismo. La infracción se consuma por el hecho de llevar a cabo el acto o procedimiento médico sobre la integridad de quien padece la enfermedad, estando su consentimiento viciado; es decir cuando no se haya contado con la aceptación libre y voluntaria del enfermo para dicho fin. (Sessarego & Woolcoott Oyague, 2018, pág. 535) A criterio personal, pienso que si ocurriera esta situación resultaría por decirlo menos innecesario reclamar algún tipo de sanción para el médico responsable del procedimiento, puesto que, a pesar de no haber mediado el consentimiento del enfermo, se ha logrado un beneficio que tendría que primar y prevalecer al momento que el titular del bien jurídico o su familia piensen en entablar algún tipo de acción judicial contra el responsable de la acción médica.

En esta parte surge una interrogante con referencia a ¿Qué sucede en los casos en los que el paciente se encuentra imposibilitado de consentir la puesta en práctica de la acción médica? Respondiendo esta interrogante, se puede sostener que justamente por situaciones hipotéticas que como esta se pueden dar, es necesario poner límites al consentimiento como por ejemplo ponderar el estado de necesidad en el que este el paciente con la finalidad de valorar si es adecuado o no intervenirlo médica o quirúrgicamente, considerando que la decisión de no someter al enfermo a este procedimiento podría poner en riesgo su vida. Por tanto, el peligro o el riesgo al que se lo someta deberá indefectiblemente ser proporcional a la gravedad de su estado de salud. (Sessarego & Woolcott Oyague, 2018, pág. 536)

Como vemos, a la hora de balancear o ponderar los intereses del paciente que están en controversia, es imprescindible para poder determinar la causa de justificación de la intervención médica, comprobar a ciencia cierta y sin margen de error aquel estado de necesidad que servirá de base fundamental para discernir si el acto médico fue o no proporcional con el estado en el que se encontraba el paciente, en el caso de que el enfermo no pueda expresar voluntariamente su consentimiento para este fin. Así tenemos entonces que en un caso como este, el estado de necesidad permitirá dar lugar a una causa de justificación de la intervención médica desplegada, consecuencia que por las razones expuestas no podrá ser contrario a derecho y por lo mismo carente de una pena privativa de libertad para el responsable. (Sessarego & Woolcott Oyague, 2018, págs. 536-537-538)

En este contexto, es preciso que la relación médico-paciente se sustente en “valores éticos, la integridad física, la libertad de decisión, la salud y la vida.” (Sessarego & Woolcoott Oyague, 2018, pág. 538) De esto deriva la confianza que puede llegar a surgir entre paciente y médico, al comprometerse el galeno en efectuar todos los mecanismos que estén a su alcance para mejorar la salud del paciente o en su defecto paliar los efectos que produce la enfermedad, permitiendo entonces que el enfermo obtenga una mejor calidad de vida en su día a día. Para esto es imprescindible que el facultativo obtenga del paciente su consentimiento libre e informado. En este sentido la misma confianza determina que si el medico aprovecha, abusa, o hace un mal uso de la aceptación conferida por su paciente, su arbitrariedad tendrá que ser sometida a un análisis y evaluación mucho más minuciosa a fin de demostrar la falta en que se ha visto inmerso el responsable del acto médico. (Sessarego & Woolcoott Oyague, 2018, pág. 539)

Ahora, en cuanto a discernir si el consentimiento posibilita atenuar la pena por la conducta llevada a cabo por el agente infractor en el delito culposos, de acuerdo a nuestra legislación podemos manifestar lo siguiente: El art. 45 del Código Orgánico Integral Penal tipifica las circunstancias atenuantes de la infracción, siendo estas las que a continuación se detallan:

1. “Cometer infracciones penales contra la propiedad sin violencia, bajo la influencia de circunstancias económicas apremiantes.
2. Actuar la persona infractora por temor intenso o bajo violencia.
3. Intentar, en forma voluntaria anular o disminuir las consecuencias de la infracción o brindar auxilio y ayuda inmediatos a la víctima por parte de la persona infractora.
4. Reparar de forma voluntaria el daño o indemnizar integralmente a la víctima.

5. Presentarse en forma voluntaria a las autoridades de justicia, pudiendo haber eludido su acción por fuga u ocultamiento.
6. Colaborar eficazmente con las autoridades en la investigación de la infracción”.¹¹

Mientras que el art. 46 del mismo cuerpo de ley, prevé la llamada atenuante trascendental de esta manera: “A la persona procesada que suministre datos o informaciones precisas, verdaderas, comprobables y relevantes para la investigación, se le impondrá un tercio de la pena que le corresponda, siempre que no existan agravantes no constitutivas o modificatorias de la infracción”.¹²

Como podemos apreciar en ninguna parte de los artículos que han sido citados textualmente hacen mención al consentimiento como causa de atenuación en una potencial pena a llegarse a imponer en contra del procesado. Lo interesante aquí es destacar y ratificar lo que habíamos analizado anteriormente, en el sentido de que, si el acto médico es ejecutado mediante un consentimiento válido, autónomo y libre de vicios por parte del paciente y siempre que la intervención médica se efectúe con el debido cuidado y en atención a las reglas del deber objetivo de cuidado y de la *lex artis*, por más que el resultado sea lamentable para la salud o vida del paciente, el autor no podrá ser responsable penalmente.

En cambio, si el procedimiento médico es llevado a cabo con la respectiva autorización y consentimiento del paciente, pero no con el mismo cuidado, diligencia, atención y sin

¹¹ Código Orgánico Integral Penal, art. 45

¹² Código Orgánico Integral Penal, art. 46

poner en práctica en la intervención las reglas antes citadas, produciendo así un desenlace dañoso o fatal para la vida o integridad física del paciente, el facultativo tendrá que ser procesado y luego sancionado por la omisión ética y profesional en la que ha incurrido. No obstante, si en la etapa de juzgamiento el procesado demuestra haber cometido las acciones que se encuentran tipificadas en los artículos precedentes, podrá ser sujeto de la atenuación de la pena que se le llegue a imponer. En conclusión, con lo explicado dejamos claro que el consentimiento no es causa de atenuación de la pena, sino solo las acciones que se encuentren descritas como atenuantes en la legislación penal de un país determinado.

4.3 CASOS.

4.3.1 CASO FERNANDO ORBE VÁSQUEZ.

A continuación vamos a realizar un análisis de las dos sentencias dictadas por el Tercer Tribunal de Garantías Penales del Azuay, para luego hacer lo propio con la sentencia dada a conocer por la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, al resolver el recurso de apelación solicitado por la defensa del procesado en el caso más mediático de homicidio inintencional ocurrido en el año 2010 en la ciudad de Cuenca, en contra del médico anestesista Luis Fernando Orbe Vásquez, quien fuera procesado por la muerte del menor NN en el grado de autor al haber actuado como anestesista en la cirugía de circuncisión a la que se sometió al infante. El Tribunal en mención primero declara la inocencia del facultativo, pero después al presentarse un recurso de nulidad por parte de fiscalía, la sala penal al resolver acepta el recurso por no haberse notificado por parte de la secretaria del Tribunal a testigos que según fiscalía eran considerados piezas claves

para comprobar su teoría del caso, disponiendo entonces la realización de una nueva audiencia de juzgamiento en donde se declara culpable de la muerte del niño al acusado.

Posteriormente la defensa del médico apela la sentencia condenatoria, disponiendo el Tribunal que el caso pase a conocimiento de la Sala Penal a fin de que esta resuelva la situación jurídica del procesado. Al presentarse los alegatos de las partes procesales y luego del análisis respectivo por parte de los jueces integrantes de la Sala de lo Penal y Transito de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, en el fallo dictado por parte de la jueza ponente se declara la inocencia del médico anestesista Luis Fernando Orbe Vásquez. Es necesario acotar que fiscalía al estar inconforme con la sentencia casa el fallo dictado, disponiendo la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia del Azuay que el caso pase a conocimiento de la Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia, donde la juez ponente desestima el recurso de casación al no haber fundamentado fiscalía debida y adecuadamente el mismo, ordenando que el expediente retorne al tribunal de origen.

De esta manera se pone fin a esta historia trágica y lamentable que sin lugar a dudas sirvió como antecedente para que, en el 2014 con la entrada en vigencia del Código Orgánico Integral Penal, los legisladores hayan creado, tipificado y sancionado un nuevo tipo penal como lo es el Homicidio Culposo por mala práctica profesional. Por lo expuesto, es tiempo de corroborar o no la respuesta que se dio a la pregunta de investigación formulada, en el sentido de haber asegurado que los jueces a la hora de sentenciar los casos puestos a su conocimiento en el delito de homicidio culposo por mala práctica profesional utilizan la teoría de la imputación objetiva para resolver los mismos.

En el caso tomado como ejemplo para verificar la hipótesis planteada, a pesar de no haber estado tipificado como homicidio por mala práctica profesional se lo juzgó como homicidio inintencional, ilícito que en ese entonces estaba tipificado en el art. 459 del Código Penal anterior de la siguiente forma: “ Es reo de homicidio inintencional el que ha causado el mal por falta de previsión o de precaución, pero sin intención de atentar contra otro”¹³ y así mismo sancionado en el art. 460 de la siguiente manera: “ El que intencionalmente hubiere causado la muerte de otra persona, si el acto no estuviere más severamente reprimido, será penado con prisión de tres meses a dos años y multa de ocho a treinta y un dólares de los Estados Unidos de Norte América”¹⁴ al haber habido una supuesta negligencia médica por parte del médico que participó como anestesista en la cirugía llevada a cabo, razón por la cual si el mismo hecho se hubiera juzgado a partir de la vigencia del COIP se lo habría imputado como homicidio por mala práctica profesional médica, al ser un delito más exacto, específico y acorde al hecho denunciado.

En fecha 23 de mayo de 2011 las 08h30, el Tercer Tribunal de Garantías Penales del Azuay, en el considerando quinto previo a dictar la resolución del caso en cuestión analiza que:

“Con respecto a la responsabilidad del acusado, analizando las pruebas de cargo y descargo aportadas en la audiencia tenemos: que el Dr. Gabriel Tenorio perito médico encargado de realizar un estudio de las historias clínicas del niño NN en sus conclusiones refiere que el acto quirúrgico en lo referente al Cirujano y Anestesiólogo no demuestra anomalía alguna, el Dr. Orbe previo a la cirugía si revisó los exámenes realizados, luego de la cirugía el niño sale llorando y le da a

¹³ Código Penal, art. 459

¹⁴ Código Penal, art. 460

la enfermera para que le vigile es decir transfiere responsabilidad a otro médico porque ya estaba seguro que está bien, eso es lo que hizo, es posible que la médico encargada, por la juventud y falta de experiencia deja el niño al cuidado de su padres ante el llamado de otro médico con igual jerarquía al que le dio órdenes de cuidar al niño, toda operación quirúrgica con anestesia general puede causar la muerte, el anestesiólogo debe estar con el paciente hasta que despierte, una vez que se despierta pasa a recuperación, al cuidado de otro médico o personal de enfermería, deja al cuidado de otro médico que sale y es cuando se da la hipoxia en seis minutos, si no llegaba la enfermera era posible que hubiera muerto en el acto, un médico residente si está en capacidad para cuidar en recuperación, que la reanimación boca a boca era la más adecuada hasta llegar al otro quirófano en donde estaban los equipos apropiados, producida la emergencia y apenas el personal de enfermería lo detecta se ha proporcionado al menor todos los cuidados emergentes para tratar de evitar el daño cerebral que se produjo, habiéndole trasladado a un lugar más especializado como es la Sala de Cuidados Intensivos del Hospital Vicente Corral Moscoso, finaliza indicando que la estructura organizacional de la casa de salud en la que fue intervenido el niño puede ser causante de los problemas que han llevado a su muerte al no tener personal suficiente para atender distintas acciones médicas al mismo tiempo y aparentemente al carecer o no usar instrumentación necesaria en la sala de recuperación. En cuanto al consentimiento por escrito que no existe, el hecho de que el menor sea llevado por sus padres por tres ocasiones para chequeos médicos, que acepten que sea intervenido quirúrgicamente y que ayuden a la enfermera a sacarle su ropa normal y vestirle con ropa quirúrgicas implica un consentimiento para la cirugía. Con las pruebas se ha demostrado en definitiva,

que luego de haber realizado correctamente el pre quirúrgico y pre anestésico se realiza la cirugía sin ningún contratiempo y utilizando las drogas anestésicas, con las dosis correctas y medicación adecuada; termina la cirugía y el paciente despierta y es extraída la máscara laríngea, inmediatamente el paciente se despierta y llora, se estabiliza y se mantiene dentro del quirófano y al cuidado del anestesiólogo por un lapso de 15 minutos, tiempo más que suficiente para que el paciente haya metabolizado el gas anestésico sevorane, ya que recuérdese que según lo afirmado por los médicos especialistas anestesiólogos, que un paciente con dicho anestésico recobra la conciencia dentro de cuatro a seis minutos, todos estos acontecimientos suceden en presencia de la médico ayudante de cirugía y de la enfermera circulante del quirófano a quien el anestesiólogo indica que el paciente que llora pasa a recuperación, en efecto el paciente es transportado del quirófano a la sala de recuperación en brazos de la enfermera, cubierto con una frazada térmica para protegerle de la hipotermia, debido a que el niño es pequeño y se dijo que de esta manera se la protege de caídas o traumatismos, traslado que se realiza conjuntamente con el médico cirujano y el anestesiólogo, en este caso, el doctor Orbe que lleva la venoclisis, siendo conducido a la sala de recuperación, el médico cirujano, doctor Felipe Palacios sale a informar a sus padres y a pedirles que pasaran a la sala de recuperación para que estén junto a su hijo, al mismo tiempo ordena a la médico residente de turno Carina Serpa, que deje una parte de la medicación utilizada, hormonas que fueron administradas al paciente para que se coloque en refrigeración y que inmediatamente regrese a la sala de recuperación para continuar con la etapa post anestésica del niño NN en la sala de recuperación, al mismo tiempo el médico anestesiólogo, la enfermera circulante de quirófano acomodan correctamente al paciente en el área de

recuperación en presencia de la doctora Marjory Reyes que es otra de los médicos residentes que se encontraba en la sala de recuperación, quien se aprestaba a instrumentar en una segunda cirugía que estaba programada, ingresan los padres en compañía del médico cirujano se acercan a su hijo que estaba acostado en la camilla de recuperación, regresa la médico Carina Serpa, quien se queda en la sala de recuperación y luego se retira del área en mención el médico anestesiólogo, la enfermera circulante de quirófano y luego de pocos instantes la doctora Reyes para comenzar la preparación de la segunda cirugía. En la descripción de los hechos la circulante de quirófano Lourdes Chimbo, en la Historia Clínica anota y dice textualmente, paciente sale de quirófano con llanto fuerte y pasa a la sala de recuperación con signos vitales estables en presencia de sus padres y queda al cuidado de la médico residente. De igual manera según la declaración del médico residente Carina Serpa y la descripción de lo anotado con puño y letra de la misma en la que consta en la historia clínica, paciente con signos vitales estables, sin signos de Hipoxia Cerebral, y en compañía de sus padres coloca la máscara de oxígeno al menor. La médica residente ausculta y proporciona todos los cuidados al menor en que al momento había transcurrido por lo menos de 20 a 25 minutos, de que se había terminado el proceso quirúrgico y anestésico. Hasta este momento el menor fue atendido correctamente y en ningún momento sufrió abandono y cuidado a su persona. Luego de estas circunstancias y por declaraciones de la propia madre, Marcia Lucía Albarracín Sanisaca, que coinciden con la declaración de la doctora Carina Serpa, en la que manifiestan que fue llamada por otro médico de la institución para que realizara un electrocardiograma a otro paciente, solicitando a los padres del menor que den cuidando un ratito al niño hasta ella regresar. Al mismo tiempo, son los

padres del menor que manipulan al paciente su cabeza y por ende su vía aérea al colocar audífonos para que el niño escuchara música y en segundo lugar la madre procede a retirar la máscara de oxígeno sin ninguna autorización y conocimiento, al decir porque los labios estaban morados, oxígeno que se suministra suplementariamente a todo paciente que se encuentra en la sala de recuperación, minutos después el menor presenta un descenso de la oxigenación lo que conlleva a un paro cardiorespiratorio, luego de ello al anestesiólogo es alertado por el enfermera, quien procede a realizar las maniobras de reanimación cardiopulmonar descritos y apegado a los algoritmos y técnicas descritas a nivel mundial para estos casos y es así, que el niño es revertido del paro cardiorespiratorio y por sugerencias de algunos especialistas pediátricos y del propio jefe del servicio de la unidad de terapia intensiva del hospital regional Vicente Corral Moscoso es trasladado y recibido en esta unidad, en la cual los primeros días el menor presentaba signos y síntomas de mejoría, pero al transcurrir el tiempo presenta sintomatología de un síndrome mortal como es la HIPERTERMIA MALIGNA, síndrome desencadenado por los anestésicos que no es prevenible su aparición de alta mortalidad y el antídoto para revertir esta sintomatología es el DANTROLENE que según los médicos que han declarado en esta audiencia no existe en el país, sin embargo el niño recibe el tratamiento adecuado y de soporte para estos casos y lamentablemente a los 20 días fallece, de tal manera que los médicos que atendieron al menor por los días de hospitalización anotados y por los signos y síntomas presentados hacen constar el diagnóstico del fallecimiento como causa del mismo, el Síndrome de Hipertermia Maligna, es importante también establecer que las causas para que se produzca un paro cardiorespiratorio son innumerables y por diversas causas,



en el caso que se analiza, según las afirmaciones de los médicos pediatras y de los peritos han manifestado que el referido para cardiorrespiratorio pudo haber sido debido a: laringoespasmo que es el cierre de las cuerdas bucales y no permiten la oxigenación del paciente debido a secreciones, saliva, cuerpos extraños, etc. Aún Bronco espasmo que es un cierre o espasmo de los bronquios debido a múltiples factores como reacciones alérgicas, enfermedades propias de los pacientes, enfermedades subclínicas, es decir que no presentan sintomatología evidente, enfermedades hereditarias, reacciones a cualquier mediación ya que todas tienen efectos adversos en altos o bajos porcentajes y los anestésicos no son la excepción. En el caso que nos ocupa y por el diagnostico entregado por los médicos del hospital Regional Vicente Corral Moscoso, que es la Hipertermia Maligna, que es causa de hipoxia y de paro respiratorio, síndrome NO PREVENIBLE, desencadenado por la administración de anestésicos hinalatorios como es este caso, NO PREDECIBLE ya que puede debutar tempranamente en el intraoperatorio tardíamente en horas o días o instaurarse de una manera progresiva o fulminante y con un alto índice de mortalidad, cuyo tratamiento específico es el de DANTROLENE, medicación que no existe en el país, por lo tanto la cirugía fue realizada correctamente en el pre quirúrgico y pre anestésico, circunstancias por las que se procede a la cirugía, utilizando el anestésico con la dosis correcta y medicación adecuada. Siendo importante tomar en consideración, según tratados médicos, que la hipertermia maligna (HM) es una afección ubicada en el capítulo de la farmacogenética, desencadenada usualmente por la anestesia general, pudiendo comprometer seriamente la vida. Es importante también establecer las obligaciones del anestesiólogo. Dentro de estas el anestesiólogo realiza el preanestésico correspondiente que fue realizado



dentro de los parámetros normales siguiendo las normas establecidas, se comparte información con el equipo quirúrgico, administra la medicación adecuada y la dosis de acuerdo a la edad, peso, ayuno indispensable y tomando en cuenta el procedimiento quirúrgico a realizarse, debiendo tomarse en cuenta enfermedades y contraindicaciones evidentes que las tuviere el paciente, que en el caso que nos ocupa se las realizó correctamente, con la concomitante atención y monitorización dentro de todo el proceso quirúrgico, anestésico que transcurrió con toda normalidad. En el post operatorio inmediato, el menor, luego de terminado el procedimiento quirúrgico queda a cargo completamente bajo el cuidado del anesthesiólogo, en el caso que nos ocupa, permanece en el quirófano por el lapso de 15 a 19 minutos, en los cuales el paciente es estabilizado sus signos vitales, despierta y solloza fuertemente, es trasladado conjuntamente con la enfermera circulante al área de recuperación, quedando el paciente en condiciones de salud estables. En el caso que por algún motivo no existiere el personal de enfermería, internos o médicos residentes para que el paciente quede al cuidado de su recuperación, es el anesthesiólogo quien tiene que estar presente en el cuidado del mismo, pero en general en toda institución pública o privada, en la sala de recuperación y por reglamentos el personal descrito anteriormente son los que realizan este cuidado, en este caso fue el médico residente que está presente en recuperación la que ausculta y verifica que el paciente se encuentra estable ya que una profesional médico tiene la capacidad y conocimientos suficientes para realizar esta actividad y es la que se encontraba al cuidado del menor y que por declaraciones propias de la mencionada médico residente acepta la prioridad que tenía el cuidado del menor ante alguna otra actividad médica a realizar, en este caso el anesthesiólogo dejando estable al niño en recuperación y



a cargo de la médico residente se dirige a la preparación de otro acto quirúrgico, dejando al paciente bajo el cuidado de un profesional médico que precautelando el bienestar del menor. No se ha encontrado que la medicación empleada al menor haya sido incorrecta, que los actos que se dieron y que se ha reportado estuvieron dentro de los parámetros que para este tipo de actos están prescritos en las normas de cada uno de ellos, que un médico residente en una casa de salud queda a cargo de un paciente en recuperación post quirúrgico y que por ningún motivo debe abandonar la sala de recuperación dejando al paciente sin asistencia médica, que, el paciente sale del quirófano con llanto fuerte y pasa a recuperación con signos vitales estables, en presencia de sus padres quedando al cuidado del médico residente, signos vitales que estaban dentro de lo normal y que no tenía signos de deficiencia respiratoria. Por lo anotado, el acusado doctor Luis Fernando Orbe Vásquez, en su calidad de anestesiólogo, cumplió con las normas y procedimientos establecidos para realizar la cirugía, quien utilizó el anestésico sevorane, que al decir de los especialistas es el más puro y eficaz de todos los anestésicos puesto que el paciente metaboliza rápidamente al anestésico, profesional que desde el momento del desfase en la salud del menor tuvo la preocupación y responsabilidad en el cuidado del paciente, por lo tanto, en ningún momento de acuerdo a la prueba de descargo incluida la de cargo introducida por las partes en la audiencia de juicio, no existió de parte del doctor Orbe imprudencia, impericia, negligencia, por falta de previsión o precaución en el acto anestésico, por lo tanto la tesis de la acusación tanto fiscal como particular no es acogida por el Tribunal por cuanto se ha probado que el paro cardiorrespiratorio y posterior muerte del infante no es atribuible a una supuesta falta de previsión o precaución del acusado en su condición de médico

anestesista, si tomamos en consideración que la acusación particular dice que ha llegado hasta esta etapa del juicio porque los médicos no han reconocido su responsabilidad y no se han disculpado por la muerte, además se ha dicho que en la muerte del menor tienen responsabilidad a más del ahora acusado otros profesionales, recalcando que la Dra. Serpa abandonó a su hijo de los cuidados que estaba obligada a proporcionarlo, llegando inclusive el padre del menor inculpar del accidente a la médico encargada de la sala de recuperación, sin que se pueda aceptar que la libertad, el futuro y prestigio personal y profesional de una persona esté supeditado a que haya ofrecido o no disculpas a los padres del menor. Por lo expuesto al no existir prueba que lleve a la certeza de que el doctor Luis Fernando Orbe Vásquez es el autor directo y responsable en el fallecimiento del menor NN este Tribunal Tercero de Garantías Penales del Azuay “ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA”, confirma la inocencia del acusado doctor Luis Fernando Orbe Vásquez, ciudadano ecuatoriano de la edad de 49 años, de estado civil casado, de profesión Médico Anestesiólogo, nacido en la ciudad de Cañar y domiciliado en la ciudad de Cuenca. No existen actuaciones indebidas por parte de la Fiscal ni de los abogados defensores de la acusación particular, y del acusado. A la denuncia y acusación particular no se las califica de maliciosas ni temerarias. NOTIFIQUESE.” (Palacios Maldonado, 2011)

Como se puede observar, luego de hacer una lectura minuciosa y detallada del análisis que realiza el juez ponente para dictar el fallo absolutorio, en ningún momento hace mención a ninguna teoría o cita a algún autor para fundamentar su análisis con la doctrina

respectiva en relación a la prueba de cargo y descargo evacuada. El juez ponente se limita a concatenar y hacer una enumeración de los hechos fácticos realizados desde que comienzan a intervenir al niño en la sala de quirófano. Puedo notar además que para la elaboración de la sentencia los jueces han tomado como primer fundamento de su fallo el informe del Dr. Gabriel Tenorio, que en su parte principal indica que la cirugía desde su inicio hasta su conclusión no ha presentado ningún contratiempo o percance; es decir que fue realizada sin ningún tipo de problema. De esta manera los jueces sostienen en la sentencia que no solo el acto quirúrgico fue realizado correctamente sino también el acto pre y post operatorio, a pesar de no haber contado físicamente con el consentimiento informado que debían haber prestado por escrito los padres del menor.

Otro de los presupuestos que ponen en consideración los jueces para la elaboración del fallo es que el procesado luego de culminar su trabajo y llevar al menor a la sala de recuperación transfirió el cuidado del infante a otro médico. Esto se demuestra al haberse entregado al niño a la médico residente de turno Dra. Carina Serpa, quien después deja el cuidado del niño a sus padres, luego de haber sido comunicada que tenía que dejar la sala por orden de un médico jerárquicamente superior. Los jueces además sostienen que la actuación del médico anestesiólogo estuvo apegada a todos los reglamentos, normas y procedimientos en la realización de la cirugía, al haber inyectado al niño la dosis correcta de la anestesia de acuerdo a su peso y edad.

Por tanto, los jueces consideraron que el desempeño del procesado durante y después del trabajo realizado no fue negligente, imprudente ni tampoco hubo impericia en su función llevada a cabo, ya que el deceso del menor se debió a una causa diferente como es la Hipertermia maligna. Incluso sostienen que luego de que la enfermera comunica al

anestesista que el niño estaba con los labios amoratados y sin signos vitales, es el procesado quien va a reanimar al menor y es así que revierte el paro cardio respiratorio en el que se encontraba en ese instante el infante, al haberle dado el médico anestesista respiración boca a boca.

En conclusión, los jueces refieren en la sentencia que la muerte del menor fue causada por un padecimiento imprevisible e impredecible el cual anotamos en el párrafo precedente y que en virtud de aquello el trabajo del anestesista cumplió con la *lex artis* a la cual estaba obligado a respetar. En este marco los jueces mencionan además la negligencia que existió por parte del médico residente, al haber dejado solo al infante con sus padres en la sala de recuperación, generando entonces en los magistrados una DUDA RAZONABLE y falta de CERTEZA en las pruebas evacuadas por fiscalía y acusación particular. Como vemos, en esta sentencia absolutoria no la fundamentan en base a la Teoría de la Imputación Objetiva, al no haber mencionado siquiera los elementos que la conforman, sino al haber acogido como elemento discrecional y sustancial a la falta de convicción suficiente que les haya podido generar la plena y total seguridad para haber condenado al acusado.

En fecha 27 de enero del año 2012, las 09h00, el Tercer Tribunal de Garantías Penales del Azuay, en el considerando sexto al reducir la sentencia a escrito y previo a dictar la resolución del caso en cuestión analiza que:

“ De este modo se concluye que los elementos de prueba, aportados por la Fiscalía, permiten establecer que Luis Fernando Orbe Vásquez es autor del delito de homicidio inintencional, ya que en los actos involuntarios de no prestar la atención debida al paciente que ese instante salía de la sala de cirugía a la de

recuperación, en esos momentos críticos, el galeno anestesiólogo debió tomar las precauciones debidas en el instante que por su delicado estado debió brindarle, esa conducta demostrada en la audiencia por parte del doctor Luis Fernando Orbe la negligencia manifiesta que con su actuar imprudente de asistir a una nueva intervención quirúrgica, sin tomar las precauciones debidas con el paciente NN sin que el sujeto activo (médico anestesiólogo) hubiere tenido la intención de querer causar la muerte de un ser humano. Por lo anotado, los hechos los actos probados se subsumen en el ilícito tipificado en el Art. 459 del Código Penal, a) La falta de previsión del médico anestesiólogo está demostrada cuando éste dejó al niño luego de la operación al cuidado de una tercera persona luego de la cirugía y el paciente ser llevado a la sala de recuperación, siendo su obligación de asistirle hasta que éste se encuentre despierto, con signos vitales normales y debidamente asistido por el propio galeno. b) Es menester describir que el actuar imprevisto y negligente del doctor Orbe Vásquez, luego de su intervención como anestesiólogo en la cirugía, su intención no fue la de atentar contra la vida del paciente a su cargo y responsabilidad, por lo que este descuido y falta de actuar, se enmarca dentro de lo que determina el mentado artículo del Código Penal. En la materia según la definición de delito inimputable, es aquel que “Al no haber previsto el posible resultado antijurídico; siempre que debiera haberlo previsto y dicha previsión fuera posible, o habiéndolo previsto, confía sin fundamento que no se producirá el resultado que se representa, actuando en consecuencia con negligencia, imprudencia e impericia” , por lo que en el presente caso se ha demostrado claramente con la participación de peritos y testigos, que el indebido actuar del acusado ocasionó la posterior muerte de NN. c) El tipo objetivo de los delitos inintencionales, culposos o imprudentes, exige la

presencia de dos elementos: “a) La violación de un deber objetivo de cuidado, plasmado en normas jurídicas, normas de experiencia, normas del arte, ciencia y profesión, destinadas a orientar diligentemente el comportamiento del individuo; b) La producción de un resultado típico imputable objetivamente al autor por haber creado incrementado un riesgo jurídicamente relevante que se ha materializado en el resultado lesivo del bien jurídico”, concepto que se aplica plenamente para el presente caso que nos ocupa; c) Como corolario a la negligencia atribuida al anestesiólogo Dr. Luis Fernando Orbe, hay que manifestar que éste faltó a su juramento de rigor, que declaran los profesionales en medicina en su graduación, el Juramento Hipocrático, que en lo tocante a su situación dice: “La salud y la vida del enfermo serán las primeras de mis preocupaciones” lo cual no es advertido por el profesional de marras:

SEPTIMO.- Lo manifestado por el abogado de la defensa tanto en su teoría del caso, como en sus alegatos, lo único que pretende es endilgar la responsabilidad a una tercera persona que resulta ser una empleada más de la clínica Paucarbamba. Dentro de intervención del abogado de la defensa, claramente manifestó, que en lo único que está de acuerdo con la fiscal, es que, hubo negligencia médica, pero endilgando esa responsabilidad a la médico residente doctora Karina Serpa, cuando de la prueba aportada y lo manifestado por el perito doctor Gabriel Tenorio Salazar, no hace otra cosa que corroborar y confirmar la teoría del caso presentada por fiscalía, puesto que dentro del orden jerárquico interior de la clínica, la doctora Serpa estaba subordinada a las disposiciones y órdenes impartidas por su jefe inmediato el Dr. Luis Fernando Orbe Vásquez, quien pidió que interrumpa el cuidado del menor que recién salía del quirófano, para que vaya a participar en una posterior cirugía, por lo que la

doctora Serpa se vio en la necesidad de dejar al paciente a su cargo, bajo del cuidado de sus padres, que en el lapso fatal de cinco minutos, se desencadenó la peoría del niño poniéndose cianótico y por su falta de respiración normal, agravar su estado de salud, que ocasionó que el niño fallezca luego de veinte días en el hospital Vicente Corral Moscoso. El argumento de que el niño paciente desarrolló una alergia a la anestesia produciéndole una enfermedad llamada hipertensión maligna, no es considerado por el tribunal como un argumento válido, ya que lo que se determinó fue que fue el descuido del anestesista en asistirle inmediatamente luego de presentada la situación la que desencadenó la supuesta posterior enfermedad aludida, que dicho sea, no está establecida científicamente, según los peritos, que esta situación haya causado en la muerte del menor.- OCTAVO. Por todo lo analizado, y con fundamento en el Art. 16, 28, y 304 A del Código Adjetivo Penal, y en el numeral 3.5 de las Disposiciones Reformatorias y Derogatorias del Código Orgánico de la Función Judicial este Tribunal Tercero de Garantías Penales del Azuay, “ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LEYES DE LA REPÚBLICA”, declara que el ciudadano LUIS FERNANDO ORBE VASQUEZ, de nacionalidad ecuatoriana, de cuarenta y nueve años de edad, de estado civil casado de profesión médico, domiciliado en la ciudad de Cuenca, portador de la cédula de identidad número 010177556-7, es autor y responsable del delito tipificado en el Art. 459 y sancionado en el Art. 460 del Código Penal. En tal virtud, se le impone una pena de tres meses de prisión y una multa de treinta y un dólares de los Estados Unidos de Norte América, pero como el defensor del acusado ha justificado los atenuantes contemplados en el Art. 73, del Código Penal, se la

reduce a OCHO DIAS DE PRISION CORRECCIONAL y multa de seis dólares de los Estados Unidos de Norte América. Esta pena, la cumplirá en el Centro de Rehabilitación Social de Varones de esta ciudad de Cuenca.- REPARACIÓN: que impone este Tribunal a Luis Fernando Orbe Vásquez, como pago por los daños y perjuicios, como derecho de tutela judicial efectiva a favor de la ofendida Marcia Lucía Albarracín Sanisaca de conformidad con el Art. 78 de la Constitución de la República en relación con el numeral 5 del Art. 309 del Código Adjetivo Penal, se dispone que el sentenciado pague la suma de \$.146.688,00 dólares de los Estados Unidos de Norte América en razón de que la víctima, de acuerdo al Código del Trabajo vigente, su edad productiva empieza a los 18 años de edad y ésta culmina a los 65 años, por lo que se considera el salario unificado del trabajador de \$ 292 dólares multiplicado por los 47 años.- De conformidad con el Art. 60 del Código Penal se suspenden los derechos políticos del sentenciado, por igual tiempo al de la condena.- El Tribunal, en aplicación a lo previsto en el Art. 309 del Código de Procedimiento Penal, numeral 6 considera que la actuación del señorita Agente Fiscal, doctora Patricio Novillo Rodas, del defensor Dr. Ítalo Palacios Álvarez, ha sido en forma debida. Ejecutoriada esta resolución, gírese la boleta de ley para legalizar la prisión del acusado. - Las disposiciones legales aplicadas en esta sentencia se hallan descritas en la misma. - Notifíquese.” (Palacios Duran, 2012)

En la elaboración de esta sentencia que difiere de la anterior por ser condenatoria, puedo advertir que el juez ponente sostiene en el fallo que el actuar del procesado fue desde todo punto de vista negligente, descuidado, e imprudente por no haberle prestado la asistencia necesaria al niño, criterio que en lo personal me parece errado debido a que

la enfermera que pasaba por el pasillo contiguo a la sala de recuperación donde se encontraba el niño se percató del estado del menor al ser advertida por los padres que su hijo no respiraba y que tenía los labios amoratados, razón por la que el procesado acude de urgencia donde el menor para brindarle respiración boca a boca, por lo que no es como refiere el juez ponente que el galeno no prestó la atención y ayuda al infante, pues el niño se encontraba estable cuando es dejado en la sala de recuperación y a cargo esta vez de la médico residente, circunstancia que a mi parecer no resulta ni negligente, ni imprudente y tampoco descuidada, pues era lo que tenía que hacer el médico en esa circunstancia tanto así que es gracias a él que el niño sale del paro cardio respiratorio en el que se hallaba en ese momento.

Los jueces además determinan en la sentencia que el anestesiólogo no proveyó que el niño podía quedar en un momento dado en estado cianótico y sin signos vitales, pues olvidan lo que es el caso fortuito, una situación excepcional que ocurre luego de que el presunto autor del hecho ha actuado conforme a la *lex artis* y al deber objetivo de cuidado, ya que una vez que el médico cumplió su función acorde a aquello mal podría haber previsto una situación semejante, más aun cuando transfiere la responsabilidad del cuidado del niño a otro médico que estaba en condiciones de cumplir con su tarea a cabalidad.

Puedo anotar además que recién en este fallo el juez ponente habla de la falta al deber objetivo de cuidado y del cometimiento de una acción que ha incrementado el riesgo permitido, siendo este uno de los requisitos que tiene que existir en la acción perpetrada para poder imputar a su autor objetivamente por el resultado producido; sin embargo y como se puede observar los jueces en este fallo tampoco aplican de una manera razonable

y precisa la teoría de la imputación objetiva, pues si bien es verdad que dilucidan una falta del deber de cuidado y de un incremento del riesgo que lo puedo traducir en el cometimiento de un hecho penalmente relevante, pero no analizan si ese riesgo al que ellos hacen alusión fue el detonante principal para que se materialice el resultado ni tampoco disciernen si ese resultado era el que la norma trataba de evitar, ya que no analizan la conducta de la médico de turno al haberse ausentado de la sala de recuperación, ni tampoco el hecho de que la madre retiro el oxígeno a su hijo con la excusa de haber visto que tenía los labios amoratados.

Además de que tampoco toman en consideración la causa del fallecimiento del infante por el mal de Hipertermia maligna, confirmado científicamente por los médicos que estaban a cargo del niño en el Hospital Vicente Corral Moscoso. Por lo que una vez más se confirma que la muerte del menor no se debió a una mala actuación del anestesiólogo, sino a una causa imprevisible, impredecible e inevitable como lo es esta enfermedad, la cual según los médicos no tiene cura y no existía en aquel entonces un medicamento que hubiera podido revertirla. Se ratifica entonces que una vez más los jueces en esta sentencia en lugar de establecer en la misma una teoría que permita descubrir la real causa del hecho y la verdad procesal, se limitaron a entrever conjeturas equivocadas por decirlo menos para condenar a una persona que a la final sería exculpada de toda responsabilidad penal al no haberse probado ni siquiera la materialidad del hecho, tal como lo veremos más adelante.

En fecha 31 de Julio del año 2012, las 17h00, la Con jueza Ponente de la Primera Sala Especializada de lo Penal y Transito de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, Dra.

Alexandra Merchán González, en el considerando octavo el cual hace referencia al análisis de la Sala considera que:

“El Tipo Penal contenido en el Artículo 459 del Código Penal, dispone: “Es reo de Homicidio Inintencional el que ha causado el mal por falta de previsión o de precaución, pero sin intención de atentar contra otro. “es así que observamos que los verbos rectores en esta figura penal será CAUSAR UN MAL por FALTA de PREVISIÓN o de PRECAUCIÓN, debiendo tomar estos verbos prever o precaver en el sentido lato de falta de cuidado, diligencia, o pericia; como lo sostiene el Tratadista Carlos Creus ...”específicamente se deberá presentar la conducta culposa del autor, en el caso que nos ocupa, imprudente, negligente o basada en la impericia, traducidos estos actos en el profesional médico observaremos que la Imprudencia será entendida como falta de tacto, medida, cautela, precaución, discernimiento y buen juicio por parte del profesional de la salud; la Negligencia será entendida como la falta de cuidado y abandono de las pautas de tratamiento, asepsia y seguimiento del paciente, en tanto que por Impericia se observa que aquella está genéricamente determinada por la insuficiencia de conocimientos para la atención del caso, que se presumen y se consideran adquiridos con la obtención del título profesional y el ejercicio de la profesión.”(Creus, Carlos. Derecho Penal. Parte Especial. Tomo I. Buenos Aires – Argentina. Editorial Astrea. 6º Edición. 1997.) Se debe igualmente analizar en este caso en concreto también el importante tema del Deber de Evitabilidad; sobre si efectivamente hubo o no Abandono; y finalmente si el acusado Dr. Luis Fernando Orbe Vásquez poseía experiencia y conocimiento de la ciencia que efectivizó en la intervención quirúrgica; en cuanto al primer tema se observa que el deber de evitabilidad es aquel que no siendo otra acción que la que debió ser encaminada de manera

diferente que llevaría a resultados diferentes que los de la lesión; en tanto que sobre el caso del abandono se debería analizar si la conducta sería la puesta en peligro de la vida por colocación en situación de desamparo, o la puesta en peligro de vida por abandono a la suerte de una persona incapaz de valerse por sí misma; a este respecto Creus sostiene que se abandona a la víctima cuando se la deja privada de auxilios o cuidados que le son imprescindibles para mantener su vida o la integridad actual de salud, y por último es menester así mismo recordar lo que sostiene Schroder Schonke al respecto de la pericia, así sostenía que. "... corresponde precisar las reglas del arte médico, que se traducen por el indicado y adecuado procedimiento y diagnóstico, así como en la aplicación de los conocimientos técnicos ordinarios con los cuidados que sean del caso. Todos los errores, incluso los de diagnóstico, a efecto de establecer si constituyen violaciones de estas reglas, deben apreciarse ex ante." (Schonke, Schroder. Mala Práctica Médica). Con lo manifestado y de la prueba legalmente solicitada y evacuada en la Audiencia Pública llevada a efecto ante el Tribunal A quo, no se observa ni desprende con plena certeza que el acusado Dr. Luis Fernando Orbe Vásquez, médico anestesista haya desplegado acciones negligentes, descuidadas o impropias para el tipo de intervención quirúrgica que iba y que efectivamente ejecutó en su calidad de anesthesiólogo, siendo incluso la misma prueba de cargo la que verifica aquello, pues los mismos padres del menor NN han aceptado que mantuvieron visitas o citas médicas antes de la intervención a su hijo, y que sí se le efectuó un examen de sangre, el hecho de que estas citas hayan sido mantenidas con el médico tratante Dr. Palacios Guerrero y no con el imputado en nada cambia el cuadro procesal, lo importante es que se efectuó el examen mencionado; por otro lado el hecho de que al decir de los padres del menor NN



hayan manifestado que no firmaron ni consintieron por escrito la intervención a su hijo se encuentra fácticamente aprobado cuando son los mismos padres, representantes del pequeño quienes acuden al Médico para luego ser ellos igualmente quienes llevan a su hijo hasta la Clínica el día y hora acordados para que sea intervenido, conocían y voluntariamente aceptaron que el pequeño sea sometido a la cirugía, a más de que este acto no entra en el verbo rector que venimos analizando para que recaiga en la persona del sindicado Luis Orbe un Juicio de Reproche que sea sancionado; los testimonios de los peritos entre ellos del Dr. Gabriel Tenorio Salazar, unido al testimonio del médico Teodoro López Carrión quien incluso ha dado a conocer que su informe lo realizó conjuntamente con otro médico, el Dr. Vinicio Molina, concluyendo todos que en cuanto a la cirugía ambulatoria todo estaba en orden, los Testimonios de la médico residente Karina Serpa sostienen que tomó los signos vitales del niño luego de la cirugía y que estaba normal, por lo que la Sala no encuentra la conducta antijurídica y culpable que encaje con un Homicidio Inintencional que se le imputa al acusado, por lo que se podría concluir exponiendo que todos los actos llevados a efecto pre cirugía y cirugía propiamente dichos fueron correctas no existiendo ni imprudencia, ni impericia, ni negligencia, es decir no se ha causado el mal por falta de previsión o de precaución; la otra situación a analizarse radica en el hecho de que si el fatal resultado muerte, fue producto del abandono del niño NN en la sala de recuperación, por lo que en esta circunstancia es menester recordar y referirnos la denominada DOMINABILIDAD circunstancia que está ligada íntimamente al llamado DEBER DE EVITABILIDAD al respecto varios tratadistas hacen inca pié de que “ Los perjuicios a bienes jurídicos sólo son evitables cuando la acción que los provoca puede ser dirigida de manera diferente



a lo objetivamente acontecido; es decir, cuando por medio de una dirección - subjetiva - la acción pueda tomar un rumbo – objetivo – distinto. Si no es posible evitar el perjuicio de un bien jurídico, mediante la renuncia a la dirección final que apunta a dicho resultado, esa evitación sólo será posible mediante otra dirección final, en una conducta que objetivamente reconozca y respete este bien jurídico; concretamente, en virtud de precauciones especiales que tiendan a impedir la lesión del bien jurídico, en otras palabras ^ deben utilizarse medios que permitan evitar la realización típica ^ Por consiguiente el tipo objetivo del hecho punible culposo incluye una acción descuidada referida al bien jurídico perjudicado....” (Reinhart Maurach- Karl Heinz Gossel – Heinz Zipf. Derecho Penal – Parte General 2, pág. 141 -142) Ahora Bien, de lo que se ha hecho referencia, ¿podríamos tener como cierto y probado que el acusado Luis Fernando Orbe Vásquez haya tenido la obligación de tratar de impedir la producción del resultado en virtud de determinados deberes cuyo cumplimiento ha asumido o le incumben por razón de su cargo o profesión?, ¿en otras palabras, Luis Orbe mantenía al momento de producido el fatal hecho la Posición de Garante? ¿Tenía la Dominabilidad del Hecho?... De las pruebas aportadas se desprende que esta posición de Garante de Orbe la mantuvo a lo largo de su actuar dentro del equipo de profesionales que practicaron la intervención quirúrgica al niño hoy fallecido, al igual que todos los demás profesionales actuantes, más luego de que ha terminado su función y una vez que el niño sale del quirófano y es conducido a la Sala de recuperación este Deber deja de ser tal pues el Dominio del Hecho ha sido trasladado a otra persona quien se vuelve u ocupa el lugar de garante desde el momento que se transfiere a su cuidado en el caso concreto que nos ocupa al niño, más si esta última tiene o no culpabilidad

en el fatal resultado no es tema a tratarse, lo que se analiza con el presente es que el acusado jamás ha abandonado a la víctima; por lo tanto el imputado no tenía la Dominabilidad de esa acción de evitabilidad, pues no habían otras formas de actuar ya que las efectuadas han quedado demostradas han sido correctas, por lo tanto no ha desplegado acciones negligentes ni imprudentes; el interferir cuando llega a conocer que el niño se encontraba cursando por un cuadro cianótico y al acudir en su auxilio dándole respiración boca a boca tampoco se encasilla en actuares imprudentes, como médico lo que trató es de salvar el bien máspreciado, la vida en este caso de un infante. Es procedente traer a colación lo manifestado por el Tratadista Hans Welzel quien sostiene que siempre el objeto de la infracción al deber de cuidado está constituido por una acción concreta, complementando aquello Maurach quien afirmaba que el objeto de la infracción del deber de cuidado no es la actividad en su conjunto, en cuyo marco acontecen los perjuicios de bienes jurídicos, sino solamente la acción concreta que conduce a dicho daño; de lo que nos quedaría la duda en el caso que nos ocupa cuál fue o pudo ser la acción concreta efectuada por Luis Orbe Vásquez que condujo el daño en este caso la fatídica muerte del niño NN, si como ha quedado demostrado con las pruebas practicadas el post operatorio fue correcto al igual que los métodos utilizados por el anestesiólogo en la cirugía, la consecuencia causante de la muerte de NN que fue verificada posteriormente al fallecimiento del menor, Hipertermia Maligna, se produjo por un actuar negligente o imprudente de Orbe?, de otra persona?, tuvo algo que ver el hecho de haberle puesto un audífono o el hecho de retirarle la mascarilla de oxígeno o fue consecuencia de un infortunio?, cuestionamientos que dejan una seria duda en estos juzgadores, lo que por imperativo legal y mandamiento constitucional es deber nuestro

aplicar el INDUBIO PRO REO favorable al acusado Dr. Luis Fernando Orbe Vásquez. NOVENO.- RESOLUCIÓN: De la prueba que se ha aportado la misma que esta Sala ha examinado exhaustivamente como ha quedado verificado en el considerando anterior y considerada en su conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica regulada en el artículo 86 del Código de Procedimiento Penal y a la luz de la lógica jurídica, podemos concluir que de la prueba documental, los informes, peritajes y testimonios que se han hecho mención no se ha comprobado la existencia material de la infracción ni la responsabilidad del procesado LUIS FERNANDO ORBE VÁSQUEZ, existiendo para la Sala una seria Duda Razonable de dicha responsabilidad, por lo que con estas consideraciones, esta Primera Sala Especializada de lo Penal y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Azuay “ ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA “ acepta el recurso interpuesto por el acusado confirmando la inocencia de LUIS FERNANDO ORBE VÁSQUEZ, por lo que se revoca en todas sus partes la sentencia condenatoria emitida por los Señores Jueces Temporales del Tercer Tribunal de Garantías Penales del Azuay. Ejecutoriada esta resolución devuélvase el proceso al Tribunal de origen para los fines de Ley. Se nombra Secretaria Relatora Temporal a la doctora Lissette Vicuña, por licencia concedida a la Titular. Notifíquese” (Merchan Gonzalez, 2012)

Entrando en el análisis de esta última sentencia de este mediático caso, podemos advertir en primer lugar que la conjuez ponente para dictar el fallo hace énfasis en los verbos rectores del tipo penal de homicidio inintencional como es el de causar un mal por

falta de previsión o precaución, citando por primera vez doctrina pertinente y relevante en cuanto a lo que se establece por imprudencia, negligencia e impericia para fundamentar y resolver este caso, a diferencia de los jueces del tribunal quienes se limitaron únicamente a relacionar los hechos sin aplicar ni basarse en lo que dice la ciencia del derecho penal con respecto a este delito. Además, se enfoca en lo que prevé la teoría del deber de evitabilidad citando a autores como Carlos Creus y Schroder Schonke entre otros, para dilucidar si existió el abandono y la falta de pericia por parte del procesado. De esta forma la conjuez ponente sostiene en la sentencia que el médico anestesiólogo Dr. Luis Fernando Orbe Vásquez no actuó de manera negligente a pesar de no haber contado por escrito con el consentimiento informado.

Con respecto a la omisión de contar con dicho consentimiento por escrito, la conjuez indica que los padres sin embargo mantuvieron visitas con el médico que iba a realizar la cirugía y que por tanto de esta forma consintieron en que se lleve a efecto el procedimiento quirúrgico per se. De esta manera la conjuez justifica el consentimiento que dieron los padres del niño para la realización de la cirugía, anotando además que el hecho de la prestación del consentimiento no entra en uno de los verbos rectores de este tipo de delito. En el fallo se aduce además que la actuación del sindicado en el pre y en el transcurso de la cirugía fue la correcta y que por tal razón no hubo ni imprudencia, ni negligencia y tampoco impericia, concluyendo entonces que el deceso del menor no se produjo por la falta de previsión o precaución, siendo estos como lo habíamos mencionado los verbos rectores de este delito, mismos que si no se corroboraban en la evacuación de la prueba de cargo y de descargo obviamente no se iba a poder demostrar ni siquiera la materialidad del hecho.

Entrando ahora a lo que desde mi punto de vista puedo considerar como lo más relevante en la elaboración de este fallo, es que la conjuez ponente en esta sentencia utiliza la teoría de la dominabilidad del hecho para evidenciar la inocencia del acusado, en razón de que se crean serias dudas sobre si el sindicato mantenía la posición de garante o el dominio del hecho al momento de que el niño entra en un cuadro cianótico al quedarse sin signos vitales. Interrogante que lleva a la conjuez ponente a dar como cierto que el procesado no tenía ya dicho dominio, al haber dejado al menor en la sala de recuperación al cuidado de la médico residente, transfiriéndole entonces a esta profesional el cuidado del niño y por ende el dominio del hecho y la posición de garante, liberándose así el médico anestesiólogo desde ese momento de cualquier tipo de responsabilidad y deber de evitabilidad sobre la salud del infante.

Al haber quedado demostrado entonces que el procesado no dejó abandonado a su suerte al infante y tampoco al no haberse verificado que el acusado haya cometido faltas en cuanto a un actuar imprudente y negligente tanto en el pre como en el post quirúrgico, la conjuez ponente hace uso de lo que en doctrina se denomina el *In dubio Pro reo*, que no es más que aplicar en la especie lo más favorable al reo, cuando se tienen serias dudas acerca de su responsabilidad penal. Dudas que a la postre se resumen en que pudo haber producido el mal de Hipertermia maligna, síndrome que fue lo que finalmente llevó al fallecimiento del niño.

Al confluir entonces aquellas incertidumbres resumidas en conocer ¿cuál fue la persona que actuó imprudentemente? y al preguntarse si acaso ¿fue Orbe? ¿Serpa? o ¿los padres del menor? o si tal vez ¿se trató de un caso fortuito? Los jueces integrantes de esta Sala Penal al confirmar que concurre una seria y gran duda razonable al respecto, aceptan

el recurso de apelación revocando la sentencia condenatoria interpuesta y confirmando finalmente el estado de inocencia del ciudadano Luis Fernando Orbe Vásquez, al no haber podido demostrar por fiscalía y acusación particular siquiera el delito de homicidio inintencional.

4.4 CASO CHARLOTTE MAZOYER.

En este caso que difiere del anterior por no tratarse de un hecho de mala práctica médica, sino de un delito de negativa a prestar atención a pacientes en estado de emergencia, tipificado y sancionado en el art. 13 de la Ley de Derechos y Amparo al Paciente, es menester analizarlo y por supuesto considerarlo dentro del tema de investigación planteado y desarrollado en este trabajo. Esto es así en vista de que los pacientes a nivel nacional y mundial están expuestos no solo a ser víctimas de un ilícito por mala práctica médica, sino además a ser vulnerados sus derechos de atención médica de emergencia por políticas criminales establecidas por las instituciones de salud que muchas veces dan preferencia al capital sobre el ser humano, cuando las clínicas privadas priorizan la presentación de una garantía de pago como boucher, tarjeta de crédito etc, para brindar el servicio médico que requiere el paciente en este tipo de situaciones.

El caso suscitado en septiembre del año 2009, tiene lamentablemente como protagonista a la vulcanóloga francesa Charlotte Mazoyer, quien sufrió un atentado contra su vida en el sector de Guapulo de la ciudad de Quito, al ser herida por un disparo de arma de fuego a la altura del tórax por tres delincuentes que hoy en día purgan su condena por el delito de asesinato. Este hecho en aquel año causó una terrible alarma y conmoción social no solo por el delito contra la vida de la que fue víctima la ciudadana extranjera, sino además por una presunta omisión en la atención de esta paciente al ser ingresada de

urgencia en la Clínica Pichincha. La presunta falta de atención médica recaería posteriormente en el médico especialista Dr. Carlos López Ayala, quien fue el profesional que estaba de turno esa noche y que a pesar de no ser cirujano cardio toraxcico acudió al llamado de emergencia, al no haber estado en la ciudad aquel día el médico especialista en esta rama de la medicina, ya que era quien tenía la obligación de acudir por el turno al que estaba asignado aquella noche.

Tanto la representante de la Fiscalía General del Estado como la acusación particular orientaron su carga probatoria en demostrar que el Dr. Carlos López tardo dos horas para realizar una cirugía de toracotomía a la que se le tenía que haber sometido a la paciente de forma temprana para salvarle la vida. Para esto, requirió previo a valorar a la paciente una tarjeta de crédito con el objeto de anticipar el pago de la cirugía, a más de haberse negado después a intervenir quirúrgicamente a la paciente por la lesión cardiaca que tenía producto del disparo por arma de fuego, el cual le había ocasionado una enorme pérdida de sangre, circunstancia que influyo para la demora en la atención de la ciudadana francesa y que según la parte acusadora aquello desencadeno la muerte de la paciente, razón por la cual no solo el Dr. Carlos López Ayala fue procesado por este delito, sino también el representante legal de la Clínica Pichincha el Dr. Víctor Francisco López Vasconez.

En este caso se analizará el recurso de Revisión planteado por la defensa del sentenciado Dr. Carlos López Ayala, para ello se analizará la fundamentación jurídica de los jueces de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Transito de la Corte Nacional de Justicia al resolver el recurso de revisión, a fin de dilucidar si en la misma utilizaron la teoría de la imputación objetiva para conceder o no dicho recurso al

sentenciado. En fecha 18 de febrero del año 2017, a las 10h30, instalado el Tribunal de Revisión presidido por el doctor Miguel Jurado Fabara, Juez Nacional Ponente; doctora Sylvia Sanchez Insuasti y doctor Luis Enríquez Villacres emiten su resolución en los siguientes términos:

“Advierte este Tribunal que se ha observado el trámite debido, no existiendo vicios de procedimiento que puedan influir en la validez de la causa, en tal caso se declara válido. A efectos de escuchar la fundamentación el revisionista señor Carlos Julio López Ayala, a través de su defendida técnica el señor abogado doctor Juan Pablo Albán Alencastro, ha propuesto como primera causal de revisión la contenida en el artículo 360.3 del Código de Procedimiento Penal, aplicable al caso, para lo cual era su obligación legal acreditar a través de prueba nueva que la sentencia ha sido dictada en virtud de documentos o testigos falsos o de informes periciales maliciosos o errados. Con respecto a esta primera propuesta legal, esto es documentos o testigos falsos, la prueba presentada en esta audiencia de revisión, vale decir testimonial y pericial, a criterio de este Tribunal no tuvo el soporte necesario que revelen que los datos sean inexactos o contradictorios con la realidad, toda vez que el revisionista no enervo la pretensión de legalidad de la prueba valorada en las instancias judiciales pertinentes, así como tampoco explicó con suficiencia a este Tribunal como la prueba producida en juicio fue tergiversada y alterada, de igual manera en lo que respecta a los peritajes maliciosos, esto es debía justificar que en los mismos había la intención de alterar la verdad. El revisionista con la prueba aportada no logró demostrar los vicios alegados, siendo este factor concluyente para que no prospere el recurso de revisión por la causal planteada. De igual manera establecemos con claridad que no logró evidenciar ante este Tribunal de Revisión



que los informes periciales practicados en la audiencia de juicio hayan sido errados, ya sea por falta por falta de técnica o que la misma no era suficiente, puesto que su argumentación no concatenó de manera lógica y sistemática el medio probatorio impugnado y el proyectado, razones suficientes para que no prospere este medio impugnatorio con respecto a esta causal propuesta. Ahora bien, el revisionista ha planteado también su recurso apoyando su discurso argumentativo con base a lo expuesto en la causal cuarta del artículo 360, el cual al texto de la letra dice: “Cuando se demostraré que el sentenciado no es responsable del delito por el que se le condenó. Como bien lo tiene señalado la Corte Nacional de Justicia en sus diferentes fallos de revisión, al proponer esta causal el revisionista en el desarrollo de la audiencia debe dirigirse a desvirtuar su responsabilidad en el ilícito por el cual fue condenado, para lo cual a más de una nueva propuesta debe presentar prueba nueva capaz de respaldar tal hecho. Efectivamente para la demostración de esta causal el medio probatorio debe reunir tal calidad que de haber sido conocidas en las instancias judiciales pertinentes habría conducido a una sentencia de absolución, y es justamente que en este sentido que la demostración de la responsabilidad a criterio del Tribunal tiene un vínculo inescindible sobre la tipicidad de la infracción, puesto que el jugador en el proceso de subsunción de los hechos con los elementos integradores de la norma penal, es donde llega a tener certeza sobre el juicio de reproche al acto y al autor. Bajo esta temática es criterio de este Tribunal de Revisión, que el tipo penal incoado al ser in ilícito de omisión propia exige un sujeto activo calificado, en ese caso solo puede ser responsable del tipo el responsable del centro de salud, que de acuerdo al testimonio de la Magister Licenciada Myriam Merchán Barros, perita filóloga, presentada y sometida a la técnica del

interrogatorio y contrainterrogatorio en el estrado por los sujetos procesales, refirió que la pericia consistió en una interpretación gramatical de la lengua y que ello utilizó la interpretación filológica de cada palabra que componen los verbos rectores de la norma sujeta a estudio, indicando los significantes de las palabras responsables y los verbos negar, prestar, lo cual guarda perfecta coherencia y se enlaza con la prueba documental presentada, esto es la certificación emitida por el Registro Mercantil del Cantón Quito, que debidamente certifica que el acusado Carlos López Ayala, desde el mes de septiembre del año dos mil nueve, no registra inscripción de nombramiento otorgado por el Hospital de Clínicas Pichincha, como representante legal de dicho centro de salud. De tal suerte considera el Tribunal que, al no verificarse este elemento objetivo del tipo penal, mal puede atribuírsele responsabilidad del hecho imputado al revisionista Carlos Julio López Ayala. Sin más disquisición y por lo precedentemente expuesto, este Tribunal de Revisión de la Sala Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, ADMINISTANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LEYES DE LA REPÚBLICA, RESUELVE: Aceptar el recurso de revisión propuesto por el sentenciado Carlos Julio López Ayala, únicamente con respecto a la causal cuarta del artículo 360 del Código de Procedimiento Penal, aplicable al caso, y en su lugar dicta sentencia ratificatoria de su estado de inocencia del prenombrado ciudadano. Dispone además el levantamiento de todas las medidas cautelares de carácter real y personal que pesan en su contra. Al estar privado de su libertad se dispone inmediatamente se giré la boleta de excarcelamiento.” La sentencia en extenso será notificada en sus casillas en los días próximos. La audiencia ha

terminado.” Siendo las once horas del día sábado dieciocho de febrero de dos mil catorce, se declara concluida la audiencia. Atentamente, Dra. Ximena Quijano Salazar SECRETARIA RELATORA” (Jurado Fabara, 2017)

Como podemos apreciar, al leer la fundamentación jurídica que hace el juez ponente en la resolución de este recurso de revisión, en el cual el magistrado se rige en primer lugar a la comprobación de la causal contemplada en el art. 360.3 del Código de Procedimiento Penal que reza: “ si la sentencia se haya dictado en virtud de documentos o testigos falsos o informes periciales maliciosos o errados”¹⁵ causal que el revisionista no logro demostrar al no haber enervado aquello que contempla este artículo en su numeral 3. Es pertinente entonces señalar antes de continuar analizando la fundamentación jurídica de este recurso, que el espíritu del mismo es la presentación de prueba nueva que demuestre que el sentenciado es inocente del delito por el que se le ha acusado y condenado, prueba nueva que de haberse anunciado y evacuado en las instancias anteriores se hubiera declarado la inocencia de la persona procesada.

Por tanto, a pesar de que el revisionista no pudo acreditar la causal tercera del artículo 360 del Código Adjetivo Penal, si lo hizo con respecto a la causal cuarta del mentado artículo que dice: “cuando se demostrare que el sentenciado no es responsable del delito por el que se le condenó.”¹⁶ Por lo expuesto, el revisionista en este recurso baso su defensa en demostrar que el ilícito por el que se le sentenció consistía en un delito de omisión propia, el cual exigía la existencia de un sujeto activo calificado, el mismo que solo pudo

¹⁵ Código de procedimiento penal, art. 360 # 3

¹⁶ Código de procedimiento penal, art. 360 # 4

haber sido el representante legal de la Clínica Pichincha, única persona sobre quien tenía que haberse realizado el juicio de reproche.

Siendo así, la prueba madre que presenta el revisionista para su posterior declaratoria de inocencia, es el de haber hecho uso de un informe elaborado por una perito filóloga, perito que lo expuso y explico a través de una interpretación gramatical y filológica de las palabras que componen el tipo penal antes citado como son, responsable y los verbos negar y prestar, sumado a la prueba documental consistente en el certificado del Registro Mercantil del cantón Quito, en el cual se establecía que el sentenciado no fungía ni tenía nombramiento como representante legal de la clínica. Todo esto sirvió para que los jueces se convenzan de que no se comprobó el elemento objetivo del tipo penal por parte de fiscalía y de la acusación particular. Esto motivo para que a la postre el juez ponente dicte la sentencia ratificatoria de inocencia y el levantamiento de las medidas cautelares de carácter real y personal que pesaban sobre el sentenciado, así como también la orden de excarcelación en vista de que en ese tiempo el facultativo se encontraba privado de su libertad.

CONCLUSIONES

Al llegar a la parte final de este trabajo de investigación y después de haber analizado el delito de Homicidio culposo por mala práctica profesional médica, visto desde la perspectiva de la teoría de la Imputación Objetiva, en base a la doctrina y jurisprudencia señalada, se ha podido dar una respuesta clara, concisa y sobre todo fundamentada jurídicamente hablando a la hipótesis resultante de la pregunta de investigación formulada, la cual sirvió como referente para el estudio y posterior realización de la presente tesis, dando como resultado y pudiendo llegar a concluir lo siguiente:

La tipificación y sanción de este nuevo delito descrito en el art. 146 del Código Orgánico Integral Penal, en contraste con el delito de Homicidio Inintencional tipificado y sancionado en los artículos 459 y 460 del Código Penal anterior, ha sido definitivamente un acierto por parte del legislador ecuatoriano, debido a que se debía como después así se lo hizo en Agosto del año 2014, crear un nuevo tipo penal que iba describir perfectamente el ilícito de Homicidio por mala práctica profesional, en vista de que la anterior norma penal contemplada en el antiguo código resultaba caduca y atentatoria por decirlo menos a los derechos no solo de la víctima sino también de la persona infractora, al no haber tenido como lo dijimos desde un inicio el alcance y la modernidad tanto doctrinaria como jurisprudencial que tiene ahora el ilícito tipificado y sancionado en el artículo 146 del COIP, al carecer de una precisión y exactitud dogmática adecuada para encuadrar los hechos perfectamente a la descripción típica que se hacía de la conducta reprochable.

Esto es así, debido a que el Homicidio Inintencional previsto en ese entonces, tenía como verbos rectores de la conducta penalmente relevante a las palabras previsión y

precaución, no obstante, no hacía alusión al ejercicio de una actividad profesional y menos a una actividad médica que para convertirse en una infracción penal debía violar el deber objetivo de cuidado para causar la muerte de un paciente y configurarse así en un homicidio culposo por mala práctica. Por lo que se confirma una vez más que el delito en mención no contaba con la evolución normativa necesaria para resguardar la seguridad jurídica que tiene derecho una sociedad que convive en un país, el cual debe asegurar a sus conciudadanos la administración de una justicia penal acorde a los nuevos tiempos en relación al cometimiento de nuevos delitos que en este caso por tener que ser el autor del hecho un profesional de la salud, ameritaba cambiar drásticamente los elementos y los requisitos con los que cuenta este nuevo tipo penal desde la fecha de su expedición en el Registro oficial.

Ha quedado demostrado entonces que su tipificación no pretende criminalizar el ejercicio profesional de este tipo de profesionales, sino al contrario busca proteger los derechos de las víctimas y de los médicos de igual manera, al tener que cumplir su conducta con una serie de requisitos para que pueda ser sometida a un juicio de reproche. Requisitos que lo que hacen es forjar una coraza a favor del gremio de profesionales al estar la norma construida mediante el establecimiento de cuatro numerales señalados a continuación del artículo 146, que lo que hacen es condicionar estricta y objetivamente la conducta del médico para que pueda llegar a ser la misma que define y describe este artículo.

Siendo así, demostramos que estos cuatro numerales resumen de manera concisa para tranquilidad del médico, que el hecho de ocurrir la muerte de un paciente no significa que el facultativo haya hecho caso omiso de su obligación de ejecutar su ejercicio profesional

apegado al deber objetivo de cuidado, así como tampoco quiere decir que el deceso de aquel paciente haya sido por no llevar a cabo la actividad medica sujeta a la lex artis, más aun cuando el galeno haya actuado habiéndose ceñido a un deber de diligencia adecuado, aprendido por una adecuada formación profesional que le ha formado para poder anticipar las condiciones objetivas así como también la previsibilidad y evitabilidad del hecho.

La mercantilización de la medicina puesta en práctica por pseudos profesionales de la salud no pudo ser desde ningún punto de vista aceptada a vista y paciencia de las autoridades y de la sociedad en general y tampoco haber sido una cortina de humo para no habernos dado cuenta que se estaba lucrando con la vida de las personas al punto de que se haya estado utilizando a medios de comunicación televisivos y radiales para promocionar cirugías estéticas a bajo costo conociendo los riesgos que implicaba, pues en la mayoría de casos las personas eran engañadas e intervenidas por personal no calificado para este tipo de cirugías. Las consecuencias fatales ocurridas posteriormente no se hicieron esperar, debido a que comenzaron a ocasionarse homicidios inintencionales por mala práctica médica, producidos muchas de las veces por someter a pacientes a procedimientos quirúrgicos innecesarios, peligrosos e ilegítimos.

Por lo expuesto, puedo sostener que el tipo penal establecido en el art. 146 del COIP, está dirigido sin lugar a dudas a aquellos malos elementos de la salud, de los cuales creemos que son pocos, pues no podemos sino confiar que los buenos profesionales de la salud siempre serán más que los médicos negligentes y oportunistas que lo que han hecho es no solo violar su juramento hipocrático, sino además manchar el buen nombre del gremio de profesionales de la salud del Ecuador, al haber tenido como prioridad lucrar a beneficio propio aprovechándose de la ingenuidad e ignorancia medica de las personas.

Por otra parte, puedo llegar a concluir después de haber analizado las cuatro sentencias de los casos de mayor conmoción social que sucedieron en la última década por los delitos de mala práctica médica y falta de atención a un paciente en estado de emergencia en las ciudades de Cuenca y Quito, que los jueces que resolvieron y fundamentaron estos fallos ninguno de ellos utilizó la Teoría de la Imputación Objetiva para resolverlos, ya que en el caso Orbe como lo habíamos indicado anteriormente los jueces del tribunal de garantías penales en las dos audiencias de juicio realizadas no hicieron mención a ningún tipo de doctrina, jurisprudencia y peor teoría de imputación alguna, dejando mucho que desear en su actuación como jueces más aun cuando se trataba de un delito contra la vida, el cual ameritaba poder descubrir sin margen de error la causa real del deceso del menor.

Caso contrario, sucede cuando el caso llega a la Sala Penal, debido a que la conjuez ponente si bien es cierto no hace uso de la Teoría de la Imputación Objetiva para dictaminar la sentencia, acoge otro tipo de teoría como lo es la de la Dominabilidad del hecho para fallar a favor del procesado confirmando así su inocencia. Mientras que en el análisis que se hizo de la sentencia del recurso de revisión planteado ante los Jueces de la Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia, los magistrados de este tribunal de justicia tampoco la fundamentan en base a la Teoría materia de análisis de este trabajo, ya que fundamentaron su resolución en apego de lo que prevé el art. 360 numeral 4 del Código de Procedimiento Penal para fallar a favor de la persona sentenciada.

De esta manera, puedo llegar a sostener plenamente que no se ha llegado a demostrar la hipótesis planteada como respuesta a la pregunta de investigación formulada para la elaboración de la presente tesis; sin embargo, se ha logrado desvirtuar la misma en base



a un análisis exhaustivo tanto doctrinaria como jurisprudencialmente de los casos más relevantes y de conmoción social que sucedieron en nuestro país antes de la vigencia de nuestro Código Orgánico Integral Penal.

BIBLIOGRAFIA

Alas Rojas, D. L. (01 de Noviembre de 2015). *Comportamiento de la victima del delito: La Auto puesta en Peligro*. Obtenido de Derecho y cambio social: www.derechoycambiosocial.com

Andrade Barrera, F. (2016). *Mala Practica Medica*. Cuenca: Fondo de cultura Ecuatoriana.

Cerezo Mir, J. (2014). *Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: Editorial Montevideo-Buenos Aires.

Código de Procedimiento Penal. (13 de enero de 2000). Quito, Ecuador: Registro Oficial Nro. 360.

Código Penal. (22 de enero de 1971). Código Penal. Quito: Registro Oficial Nro. 147. COIP. (10 de febrero de 2014).

Código Orgánico Integral Penal. Quito: Registro Oficial Nro. 180.

Ley Orgánica de Salud, Ley 67. (22 de Diciembre de 2006). Quito Ecuador: Registro Oficial Suplemento 423, Ultima modificación: 18-dic.-2015 Estado: Reformado

De Oliveira Monteiro, L. (2013). *La autoria mediata en los delitos imprudentes*. Valencia: tirant lo blanch.

Fernandez Sessarego, C., & Woolcott Oyague, O. (2018). *Derecho Medico, De las Nociones Fundamnetales y La Responsabilidad Medica, Tomo II*. Lima: Pacifico Editores S.A.C.

Jurado Fabara, M. (4 de Julio de 2017). *Sentencia de la Corte Nacional de Justicia sobre el recurso de revision planteado por la defensa del sentenciado, Caso Mazoyer*. Obtenido de <http://consultas.funcionjudicial.gob.ec/informacionjudicial/public/informacion.jsf>

Meini, I. (2014). *Lecciones de derecho penal parte general teoria juridica del delito*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Catolica del Peru.

Merchan Gonzalez, A. (31 de Julio de 2012). *Sentencia de la Sala Provincial de Justicia del Azuay, sobre el recurso de apelacion planteado por la defensa del procesado, Caso Orbe*. Obtenido de <http://consultas.funcionjudicial.gob.ec/informacionjudicial/public/informacion.jsf>

- Muñoz Conde, F. (2015). *Derecho Penal Parte Especial 20 a edicion, completamente revisada y puesta al dia conforme a las Leyes Organicas 1/2015 y 2/2015, de 30 de marzo*. Valencia: Tirant lo blanch.
- Muñoz Conde, F., & Garcia Aran, M. (2015). *Derecho Penal, Parte General, 9a edición, revisada y puesta al dia conforme a las Leyes Organicas 1/2015 2/2015, de 30 de marzo*. Valencia: tirant lo blanch.
- Palacios Duran, F. (27 de Enero de 2012). *Sentencia condenatoria dictada por el Tercer Tribunal de Garantias Penales del Azuay*. Obtenido de <http://consultas.funcionjudicial.gob.ec/informacionjudicial/public/informacion.jsf>
- Palacios Maldonado, C. (23 de Mayo de 2011). *Sentencia del Tribunal Tercero de Garantias Penales del Azuay*. Obtenido de <http://consultas.funcionjudicial.gob.ec/informacionjudicial/public/informacion.jsf>
- Roxin, C. (1997). *La imputacion Objetiva en el Derecho Penal*. Lima: Idemsa.
- Sessarego, C. F., & Woolcoott Oyague, O. (2018). *Derecho Medico, De las Nociones Fundamentales y la Responsabilidad Medica Tomo I*. Lima-Peru: Instituto Pacifico.
- Vasquez Cevallos, F. (2016). *Punto de Inflexión de la Imputación Objetiva en el Codigo Organico Integral Penal*. Quito: Editorial Juridica del Ecuador.
- Welzel, H. (2015). *Derecho Penal Aleman*. Santiago: Editorial Juridica de Chile.
- Zaffaroni et al. (2017). *Problemas Contemporaneos del Derecho Penal*. Lima: ideas.